

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Approche critique de la pluralité de contractants

Cataldo, Andréa; Nouncke, Marie

Published in:

De quoi le contrat est-il le nom ?

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Cataldo, A & Nouncke, M 2017, Approche critique de la pluralité de contractants: une nouvelle lecture des obligations solidaires, in solidum et indivisibles. Dans *De quoi le contrat est-il le nom ? : applications et tendances récentes du droit des contrats*. Unité de droit des obligations de la Faculté de droit de Namur, Anthemis, Limal, p. 183-230.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Approche critique de la pluralité de contractants

Une nouvelle lecture des obligations solidaires, *in solidum* et indivisibles

Andrea CATALDO

*Avocat au barreau de Namur
Assistant à l'Université de Namur*

Marie NOUNCKELE

Assistante à l'Université de Namur

Introduction

1. Contexte. *« L'obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux. »* Depuis la réforme portée par l'ordonnance du 10 février 2016¹, le nouvel article 1309 du Code civil français a le mérite de poser expressément le principe de division des obligations à sujets multiples. La formulation est très large. Interprétée comme telle, elle dépasse même les hypothèses jusqu'ici concernées par la règle contenue à l'article 1202², soit les obligations de source volontaire³. Ce sont néanmoins ces dernières qui intéressent nos propos, dans le cadre du présent ouvrage.

Un contrat impliquant plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs est susceptible de présenter une grande variété d'obligations, marquées par des modalités différentes. Au sein d'un même acte, des obligations conjointes peuvent côtoyer des obligations solidaires, voire indivisibles. Quel exemple plus classique que le contrat de bail souscrit par plusieurs locataires, tenus chacun au paiement d'une partie du loyer, sauf clause de solidarité, mais obligés indivisiblement à la restitution des lieux loués⁴ ?

¹ Ordonnance française n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

² « La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi. »

³ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016, n° 826.

⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 400-401, n° 421.

2. Objet de la contribution. Le phénomène est complexe. En outre, le principe de division des obligations voulu par les rédacteurs du Code civil paraît aujourd'hui tellement dépassé que certains plaident pour son abandon, estimant que l'évolution qui avait abouti à l'article 1202 était à la fois artificielle et inopportune⁵. On a souvent écrit, à cet égard, que la règle est devenue l'exception. Telle est la tendance dans laquelle s'inscrivent les conventions à pluralité de sujets.

Une réflexion en vue d'une refonte de la matière pourrait parfaitement déboucher sur une inversion du principe, en substituant la solidarité à la division par défaut de la dette. Nous avons cependant préféré partir des dispositions légales actuelles, pour en tirer le meilleur profit. Les problèmes que pose encore la solidarité (pour prendre un terme générique), et en particulier la solidarité contractuelle, témoignent de la nécessité de clarifier les règles applicables et leur structure. Comme l'ont démontré des recherches historiques auxquelles nous renverrons, le régime des obligations plures repose en effet sur quelques malentendus qui ont inutilement compliqué les choses.

3. Plan de la contribution. Si elles se multiplient dans les stipulations contractuelles, les obligations solidaires conservent donc un régime juridique qui manque parfois de clarté. Aussi nous a-t-il paru intéressant de revenir sur cette notion, sous divers angles d'approche. Le premier chapitre s'attache à proposer un classement, à partir de la sphère contractuelle, de ce type d'obligations, en faisant un détour par les origines de leur mécanisme, et en terminant par leur distinction d'avec le concept de l'indivisibilité. Dans un deuxième chapitre, c'est sous le prisme de la responsabilité pour inexécution fautive que nous retrouvons la solidarité, aux côtés des obligations *in solidum*, qui, détachées de cette institution, n'en restent pas moins très proches. Enfin, un troisième et dernier chapitre s'intéresse aux effets de la solidarité, à leur justification, ainsi qu'à la manière dont une réforme du Code pourrait être menée.

Chapitre 1

Présentation et structure des différentes hypothèses de solidarité contractuelle

4. Obligations au tout institutionnelles et individuelles. Les obligations au tout peuvent être rangées, de façon schématique, en deux grandes catégories : les obligations au total institutionnelles, d'une part, et les obligations au total individuelles, d'autre part.

⁵ Voy. L. AYNÈS et A. HONTEBEYRIE, « Pour une réforme du code civil, en matière d'obligation conjointe et d'obligation solidaire », *Rec. Dalloz*, C., 2006, p. 328.

Dans les premières, l'obligation au tout découle de l'adhésion à une institution. C'est le cas du mariage qui rend les époux solidaires des dettes du ménage⁶, de la participation à une société marquée par la solidarité des associés⁷, ou encore de la solidarité des contractants d'un entrepreneur pour le paiement de ses dettes sociales⁸. Ces obligations présentent un caractère transitif et automatique : sans besoin d'une quelconque mention dans l'acte, l'obligation s'étend au débiteur accessoire, tenu au même titre que le débiteur principal. Dès lors, ce débiteur accessoire offre une garantie générale, quelle que soit la source de l'obligation du débiteur principal envers le créancier. Il s'agit d'une exception au principe de la relativité des conventions. Ces institutions, parfois d'origine très ancienne, recouvrent par essence des hypothèses de solidarité légale⁹.

Les obligations au tout individuelles nous intéressent plus spécialement. Elles sont fondées sur la participation plus ou moins active des codébiteurs à la naissance des obligations qu'ils supportent. La différence est de plusieurs ordres : « Même si cela n'a pas toujours été le cas, l'obligation au total individuelle est le plus souvent conventionnelle. À l'inverse de l'obligation au total institutionnelle, qui est une institution naturelle, l'obligation au total individuelle est artificielle, contingente et technique. De même, l'obligation au total individuelle n'est ni transitive, ni automatique, ni générale. Elle repose sur l'engagement de tous les codébiteurs ou de tous les cocréanciers à la relation, en ce sens que tous prennent une part active à la naissance de la relation obligatoire, tous sont liés au fait générateur de celle-ci. [...] Elle n'est pas non plus générale, dans la mesure où l'engagement au total ne s'étend pas à un ensemble de dettes indifférenciées mais se limite à une dette bien définie. »¹⁰

5. Plan. Analysant la structure de ces obligations contractuelles plures, nous voyons d'abord la garantie mutuelle entre codébiteurs ayant le même intérêt (section 1), à distinguer de la garantie simple qui trouve application lorsqu'un ou plusieurs débiteurs seulement sont intéressés et dont le cautionnement est une figure (section 2). Source fréquente d'obligations solidaires, la cession de contrat doit être envisagée (section 3). Enfin, l'indivisibilité mérite d'être distinguée plus franchement de la solidarité (section 4).

⁶ Art. 222 C. civ.

⁷ Dans l'état actuel du Code des sociétés, art. 263 (S.P.R.L.), art. 408 (S.C.R.L.), art. 528 (S.A.).

⁸ P. ex., art. 30bis de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs; art. 400 du C.I.R. 92; loi-programme du 29 mars 2012, *M.B.*, 6 avril 2012; art. 18 et 19 de la loi-programme du 10 août 2015, *M.B.*, 18 août 2015.

⁹ Rappelons à cette occasion que la solidarité légale s'applique même si elle n'est pas stipulée dans le dispositif d'une décision judiciaire (Cass., 26 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1171).

¹⁰ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, Dalloz, 2002, p. 364.

Section 1

La garantie mutuelle des cocontractants

6. Première illustration : la solidarité sous forme de garantie mutuelle. Il n'est pas nécessaire de décrire longuement le mécanisme par lequel plusieurs parties s'engagent, ensemble, dans un même acte, en qualité de créanciers ou de débiteurs. Cette figure est bien connue et typique de nombreux contrats, depuis le simple bail jusqu'aux plus grands marchés de travaux. Les contrats synallagmatiques en forment le domaine principal, mais non exclusif, comme en témoigne le contrat de prêt, qui est un siège de prédilection de la matière. Il semble en revanche essentiel de revenir avec précision sur la nature de telles obligations, si l'on veut comprendre le régime qui en découle.

7. Nature des obligations solidaires. Dans cette première illustration de la solidarité contractuelle, de loin la plus classique, les codébiteurs s'engagent ensemble, dans un même acte¹¹, pour une affaire commune. Traditionnellement, les auteurs estiment être en présence d'une pluralité de liens obligatoires, portant toutefois sur une obligation unique¹².

Ce qu'a démontré au contraire une certaine doctrine, dont Marc Mignot dans une thèse consacrée aux obligations solidaires et *in solidum* en droit privé français, c'est que toute stipulation de solidarité traduit, en fait, autant de conventions unilatérales de garantie qu'il y a de coobligés¹³. L'auteur s'inscrit ainsi dans un courant ayant émergé avant la réforme du Code civil français, et qui avait adopté une conception dite « dualiste » de la solidarité : en vertu de celle-ci, chaque codébiteur solidaire est tenu de deux obligations, celle de payer sa part divisée dans la dette, et celle de garantir le paiement de la part des autres. C'est cette conception que proposait de consacrer l'avant-projet Terré¹⁴. Ne saisissant pas cette opportunité à travers l'ordonnance de février 2016, le législateur française est finalement resté à la présentation habituelle.

8. Conception classique – Présentation traditionnelle selon l'unité d'objet et la pluralité de liens¹⁵. La conception classique de la solidarité

¹¹ Il est également possible que l'engagement ait lieu par des contrats distincts, mais interdépendants. Par exemple, plusieurs acheteurs acquérant chacun, séparément, une fraction d'un immeuble, ou plusieurs preneurs louant un ensemble de parcelles d'un même bailleur, mais à chaque fois dans le but de réaliser une opération économique globale nécessitant la réunion des conventions (M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, op. cit., p. 688).

¹² « L'obligation à sujets multiples est donc dite solidaire lorsqu'elle lie chacun des sujets « au tout » (C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « L'obligation solidaire », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2007, p. 99).

¹³ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, op. cit., p. 387.

¹⁴ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations...*, op. cit., p. 704, n° 824. Pour une critique de cette thèse : A. HONTEBEYRIE, « Quelle solidarité passive dans le code civil de demain ? », *Rec. Dalloz*, 15 janvier 2014, pp. 89-90.

¹⁵ Pour ce paragraphe, M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, op. cit., spéc. pp. 360-361 et 767-768.

véhiculée par la doctrine majoritaire est directement héritée du droit romain classique. L'obligation solidaire s'y réduisait à une obligation collective, soit un faisceau de liens obligatoires pesant sur l'ensemble des codébiteurs pour un même objet. La société romaine ne mettait pas en avant le sujet individuel comme c'est le cas de nos jours ; dans l'esprit des Romains, il ne pouvait dès lors s'agir que d'une dette unique. Perdant de vue ce contexte particulier, l'approche classique de la solidarité est largement faussée, car elle méconnaît l'influence qu'une autre institution juridique a eue à travers l'histoire : la garantie mutuelle orientale.

En effet, l'obligation solidaire est d'abord apparue en Mésopotamie, où elle prenait la forme d'une garantie mutuelle. Exportée par la suite à Rome, elle s'y est progressivement mêlée à l'obligation collective. Elle prospéra dans l'ancien droit, avant de connaître une consécration dans le Code civil de 1804. Problème : cette reconnaissance était tellement peu aboutie que les termes de « garantie mutuelle » furent complètement évincés, au bénéfice de la grande gagnante : la « solidarité ». Comme c'était à craindre, le régime qui en découle n'est pas des plus cohérents.

9. Conception dualiste – La garantie mutuelle. Pratiquement, dans le cadre de la garantie mutuelle originelle, les codébiteurs s'engageaient dans les termes d'un contrat spécial donné, selon des obligations conjointes ; dans le même acte instrumentant, une clause rendait ces débiteurs réciproquement garants pour les parts des uns et des autres dans la dette globale. Les historiens en ont rapporté de nombreux exemples, notamment dans des reconnaissances de dettes souscrites par plusieurs parents et portant la clause : « L'un pour l'autre est garant que le solvable paiera »¹⁶.

L'obligation se partage donc en autant de parts principales divisées que de codébiteurs ; à cette première relation fondamentale s'ajoute un deuxième niveau : la garantie que les codébiteurs se doivent mutuellement pour la part et portion principale de chacun d'eux. Et l'obligation au total que nous connaissons aujourd'hui tient en fait bien davantage de la garantie mutuelle orientale que de la solidarité romaine. « En matière contractuelle, bien loin de générer une seule et unique convention, la solidarité donne toujours naissance à un ensemble de contrats », dans lesquels on distingue « deux niveaux de relations conventionnelles »¹⁷.

Entendue de cette façon, la pluralité des liens obligatoires, loin d'être propre à la solidarité, caractérise en fait toute obligation à plusieurs sujets : dans l'obligation conjointe aussi, on retrouve autant de créances ou de dettes que de créanciers ou débiteurs¹⁸. C'est ensuite que s'opère le changement de plan : « la

¹⁶ *Ibid.*, p. 361.

¹⁷ *Ibid.*, p. 392. Comp. la présentation de la solidarité passive comme sûreté personnelle par Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 401, n° 808.

¹⁸ C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « L'obligation solidaire », op. cit., p. 96 ; M. VAN QUICKENBORNE, « Deelbare verbintenissen », in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van recht-*

solidarité passive se superpose [...] à la division fondamentale et définitive de l'obligation passivement conjointe, afin de rendre chacun des codébiteurs conjoints, déjà tenu pour sa part divisée dans l'affaire, redevable aussi de la part divisée de l'autre¹⁹. Tout se passe comme si la solidarité s'ajoutait à la division de la dette pour en tempérer les effets entre les créanciers et les débiteurs²⁰.

10. Un Code civil à contre-courant. Tel est le mécanisme qui aurait dû servir à fonder et comprendre tout le régime de la solidarité. Pourtant, le Code civil dispose d'emblée, à propos de la solidarité passive, qu'« [i]l y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière à ce que chacun puisse être contraint pour la totalité »²¹. Surtout, il consacre un droit de recours du *solvens* alors que le droit romain classique, régi par la procédure formulaire, ne le connaissait pas²². Ce recours se comprend si l'on considère que chaque codébiteur intervient comme garant des autres ; il s'explique plus difficilement si le *solvens* n'a fait que s'acquitter de la dette unique...

Marc Mignot explique que les confusions que l'on retrouve aujourd'hui sont en partie dues à Pothier. À contre-courant de son époque, déjà fortement imprégnée de la logique de la garantie mutuelle, l'éminent juriste basait tout son raisonnement sur l'institution centrale de la solidarité romaine, tout en mâtinant son propos, de façon assez confuse et sans le dire, d'éléments tirés de la garantie mutuelle (ainsi de toutes les dispositions qui traitent de la division de la dette entre les codébiteurs). Or, Pothier est directement à l'origine des dispositions du Code civil relatives à la solidarité, les rédacteurs ayant suivi fidèlement sa doctrine. C'est ainsi que le régime que nous connaissons aujourd'hui a une nature hybride, empruntant tantôt à la conception classique, tantôt à la conception dualiste, alors que la solidarité aurait dû être exclusivement conçue « comme une garantie mutuelle qui se superpose à un faisceau d'obligations partielles »²³. La rédaction de l'article 1213 en est la meilleure illustration : « L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion. »

Ne critiquant pas ce manque de cohérence, De Page lui-même se rangeait à la présentation classique : « l'obligation au tout ne fait pas obstacle à ce qu'il se produise certaines particularités dans la situation de chaque codébiteur, particularités qui n'affectent pas le principe de l'obligation au tout, mais peuvent en

modifier l'exercice »²⁴. À sa suite, les auteurs classent en général les effets de la solidarité selon qu'ils s'expliquent par l'unité d'objet ou par la pluralité de liens. Si nous partons du principe que ce postulat est erroné, il faudra non seulement revoir l'explication de chacun de ces effets, mais également encourager l'abandon de certains de ceux-ci qui n'ont pas de raison d'être dans une conception plus moderne. Les « particularités » visées par De Page y trouveront au final une place plus naturelle (voy. *infra*, chapitre 3).

Si ce détour peut paraître excessivement théorique, il n'en est donc rien.

11. La représentation réciproque : une autre doctrine critiquable. Une autre doctrine classique mais plus récente a substitué à l'unité d'objet et à la pluralité de liens obligatoires l'idée d'une représentation réciproque entre coobligés²⁵.

Le prétendu mandat tacite que ces derniers sont censés se donner est pourtant un justificatif bien médiocre – et à ce titre souvent critiqué – des effets de la solidarité. Il est une expression erronée de l'existence de l'obligation accessoire pesant sur chaque coobligé²⁶. « En matière contractuelle, la solidarité naît d'une simple clause, non pas d'un ordre réciproque que les codébiteurs solidaires se donneraient [...] en vue de se garantir les uns les autres. En matière légale, la volonté des codébiteurs n'a, par hypothèse, aucun rôle à jouer quant à la naissance de la solidarité du fait même que les codébiteurs sont institués codébiteurs solidaires par la seule volonté légale. »²⁷

En outre, si l'on comprend que la théorie de la représentation réciproque régit les relations entre les codébiteurs et leur créancier, on perçoit moins son sens au niveau des relations entre codébiteurs, au stade contributoire. Si les coobligés étaient censés se donner mandat les uns les autres, ce serait logiquement à l'égard du cocontractant, soit au stade de l'obligation à la dette. Or, la théorie de la représentation réciproque a en grande partie pour but de régler la contribution à la dette. Sans compter que ce pouvoir de représentation se voit reconnaître des limites intrinsèques, notamment le fait qu'il ne permette pas d'aggraver la situation des coobligés²⁸ ; ceci aussi s'explique malaisément. Nous aurons l'occasion d'y revenir, mais l'on comprend déjà que ce fondement est largement insatisfaisant.

spraak en rechtsleer, Malines, Kluwer, 2013, p. 104, n° 3.

¹⁹ R. MARTIN, « L'engagement du codébiteur solidaire adjoint », *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 49.

²⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations...*, op. cit., p. 704, n° 824.

²¹ Art. 1200 C. civ. (nous soulignons).

²² Les Romains connaissaient certes des mécanismes de recours permettant une répartition finale de la dette, mais ceux-ci avaient alors une autre source juridique, comme une convention entre coobligés.

²³ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, op. cit., p. 104. « En réalité, on ne peut expliquer l'obligation solidaire qu'en ayant recours à la notion de groupe de contrats. L'obligation solidaire s'analyse comme un groupe hétérogène de contrats, en ce sens qu'elle repose sur un contrat de base auquel s'ajoutent divers contrats de garantie. » (*ibid.*)

²⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Les obligations (seconde partie)*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 341.

²⁵ Voy. à ce sujet P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, *Régime général de l'obligation. Théorie des preuves*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1828, n° 1235 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, « Le régime des créances et des dettes », in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 2005, pp. 270 et s.

²⁶ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, op. cit., pp. 141-143 : « Il apparaît aujourd'hui que la théorie de la représentation réciproque doit être rejetée. On lui reproche à juste titre d'être fictive, dangereuse, inutile, artificielle, limitée en étendue, passablement abstraite et dénuée d'un fondement historique. »

²⁷ *Ibid.*, p. 144.

²⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., n° 448.

12. Justification du recours contributoire. Le critère essentiel de la garantie mutuelle réside dans le recours dont le *solvens* dispose contre chacun de ses coobligés, à concurrence de la part et portion de chacun d'eux. Nul ne songe à remettre en cause l'existence de ce recours à propos de la solidarité. En matière contractuelle, c'est l'article 1214 qui en est le siège : « *Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux.* » En dehors du champ contractuel²⁹, le fondement du recours a été maintes et maintes fois discuté, aucun n'étant exempt de critiques³⁰. Au contraire, dans le schéma de la garantie mutuelle, le recours se justifie très facilement par cette coexistence de la relation fondamentale et de la relation de garantie : « le recours accordé au *solvens* est la manifestation la plus éclatante de ce que chaque codébiteur revêt, en tout ou en partie, la qualité de garant des autres codébiteurs »³¹.

En autorisant un recours contributoire sur la base de l'article 1251, 3^o, du Code civil, au motif qu'en payant la totalité de la dette, le *solvens* acquitte en partie la dette d'autrui, la Cour de cassation ne fait finalement que consacrer ce schéma de la garantie mutuelle³². Nous verrons avec l'indivisibilité naturelle que l'absence de recours devrait quant à elle renvoyer, plus exactement, à l'unité d'objet caractéristique des obligations au total au sens strict, héritage du droit romain classique.

²⁹ La Cour de cassation considère en effet que, de par son emplacement dans un titre consacré aux obligations contractuelles, l'article 1214 ne vaut que pour la solidarité conventionnelle (Cass., 20 février 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 169; Cass., 25 mars 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 823; Bruxelles, 13 février 1959, *Pas.*, 1959, II, p. 226). En revanche, cette question de l'emplacement ne semble pas la tracasser outre mesure lorsqu'il s'agit d'appliquer le reste du régime légal à la solidarité légale ou coutumière...

³⁰ R.-O. DALCQ, « Fondement du droit de celui qui a réparé seul le dommage causé par une faute aquilienne d'obtenir de tout autre auteur du même dommage sa contribution à la réparation », note sous Cass. (1^{re} ch.), 21 octobre 1965, *R.C.J.B.*, 1966, pp. 123-141; L. CORNELIS, « L'obligation "in solidum" et le recours entre coobligés », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 691 et s.; C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Obligations à sujets multiples », *op. cit.*, pp. 159 et s.; P.A. FORIERS, « Observations sur les arrêts de la Cour de cassation des 28 avril 2006 et 4 février 2008 ou les limites des raisonnements techniques en droit », in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 519 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, « De verbintenis in solidum », in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, IV. *Commentaar Verbintenissenrecht*, Bruxelles, Kluwer, 2014, pp. 29 et s.

³¹ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, *op. cit.*, p. 576. Nous ne rentrons pas ici dans le détail de figures plus complexes encore, telle la garantie mutuelle au second degré. Elle caractérise par exemple la situation des associés d'une société marquée par la solidarité. La garantie mutuelle au second degré est une garantie mutuelle propre aux associés mais accessoire à l'obligation principale qui pèse sur la société. Cette obligation de garantie s'ajoute à l'obligation conjointe que chaque associé supporte à la base, en principe en proportion de sa part dans le capital social, obligation subsidiaire à l'obligation de la société. « Le paiement de l'obligation principale par l'associé ne lui ouvre aucun droit de recours contre les autres associés puisque cette obligation est considérée comme une obligation principale. En revanche, ce paiement ouvre un droit de recours contre la société à l'égard de laquelle cette obligation est accessoire » (*ibid.*, p. 346). Le cautionnement contracté solidairement entre les cautions répond au même mécanisme (sur le cautionnement, voy. *infra*, n° 16).

³² Cass., 10 juillet 1952, *R.C.J.B.*, 1958, p. 5; Cass., 18 janvier 1979, *R.C.J.B.*, 1980, p. 241 et note R.-O. DALCQ.

13. Quant à la « stipulation expresse » requise par l'article 1202. Par-delà ces propos théoriques (mais pas seulement), rappelons que la solidarité conventionnelle, entendue ici comme garantie mutuelle, doit résulter d'une source technique, en l'occurrence une stipulation des parties. Il est cependant bien établi qu'aucune formule déterminée n'est requise³³, contrairement à ce que laisse entendre l'article 1202 de notre Code civil, qui parle de stipulation expresse³⁴. La solidarité peut être déduite des circonstances d'espèce et de la commune intention des parties, pourvu qu'elle soit certaine et non équivoque^{35 36}.

Le pouvoir d'appréciation des juges est large. L'existence de la stipulation pourrait être déduite d'un vocable unique désignant les parties (« l'acheteur », « le concepteur », etc.), mais pas, à notre sens, d'une clause fixant globalement un prix en l'absence d'autre élément corroborant la volonté des parties. La formule « nous soussignés, M. et Mme Y., certifions avoir emprunté » pourrait également suffire, sans que l'obligation ne soit donc expressément qualifiée de « solidaire »³⁷. La jurisprudence néerlandophone semble toutefois se montrer plus stricte. Par exemple, une clause prévoyant clairement la solidarité des codébiteurs, mais insérée sous un titre dans lequel elle est hors de propos, a été considérée comme n'ayant pas été clairement acceptée par ceux-ci³⁸.

À l'inverse, certaines extensions données par les cours et tribunaux sont douteuses. En France notamment, il a déjà été fait application de l'article 2002 du Code civil, qui vise la solidarité des co-mandants, au bénéfice de créanciers chargés de poser de simples actes matériels (et non juridiques comme l'implique normalement le mandat). La simple position conjointe des codébiteurs devrait pourtant être jugée insuffisante. De même, il est difficile de déduire, du

³³ Cela n'aurait pas beaucoup de sens dans un Code qui, dès 1804, a opté pour le principe du consensualisme.

³⁴ Le nouvel article 1310 du Code civil français abandonne cette référence.

³⁵ H. DE PAGE, *Traité...*, *op. cit.*, n° 314 (« ce que la loi a voulu, et ce qui est légitime, c'est que le juge n'entre pas dans la voie aventureuse des présomptions de l'homme pour fonder la responsabilité », mais « la volonté n'est jamais, en principe, soumise à une forme déterminée pour être valable juridiquement »); S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : le régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, pp. 821 et s., n° 23; S. VAN BREE, « Les contours de l'obligation solidaire », *Cah. jur.*, 2013, p. 115; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1829; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, « Hoofdelijkheid », in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2013, p. 109; M. VANDENBOGAERDE, *Pluraliteit van schuldenaars bij verbintenissen*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 125 et s.; Cass., 5 décembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 428 et notes; *R.C.J.B.*, 1977, p. 469 et note J. DECLERCK-GOLDFRACHT; Bruxelles (4^e ch.), 4 mars 1968, *J.T.*, 1968, p. 291.

³⁶ Exceptionnellement, la solidarité doit être exprimée au moyen d'une formule précise. Par exemple : art. 357, § 3, C. soc. : la signature du cessionnaire des parts d'une société coopérative à responsabilité illimitée dans le registre des parts nominatives doit être précédée de la mention « bon pour engagement illimité et solidaire ».

³⁷ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations...*, *op. cit.*, n° 832. L'exemple cité ne vaut pas pour le commodat, soumis à une solidarité légale (art. 1887 C. civ.).

³⁸ Gand, 14 novembre 2005, *R.A.B.G.*, 2006, I, p. 274. Dans le même sens : Gand, 5 mars 2007, *N.J.W.*, 2007, p. 804.

seul fait que plusieurs employeurs usent conjointement d'un pouvoir de subordination à l'égard d'un travailleur, qu'ils sont codébiteurs solidaires des sommes dues à ce dernier³⁹.

14. La solidarité coutumière. Cette dernière application aurait certes pu se justifier si les employeurs en cause étaient des sociétés commerciales. En effet, terminons cette première section en évoquant la solidarité coutumière des dettes contractuelles commerciales⁴⁰, qui s'étend aux engagements à caractère commercial des cautions⁴¹. Celle-ci ne requiert pas nécessairement un contrat unique entre créancier et débiteurs, du moment que les débiteurs se sont obligés à une même chose⁴². À cet égard, il n'est pas exclu que l'obligation soit commerciale dans le chef de certains débiteurs et civile dans le chef des autres, qui seront seuls fondés à soulever cette « exception » qui leur est propre. Cette solidarité peut en outre être écartée par convention⁴³.

Que la source de la solidarité soit légale ou coutumière ne change rien en définitive : à côté de la relation fondamentale fondée sur la volonté des parties⁴⁴, prend place la relation de garantie, issue de la volonté légale ou coutumière⁴⁵.

Section 2

La garantie simple : de la solidarité-sûreté au cautionnement

15. Deuxième illustration : la solidarité-sûreté de l'article 1216 du Code civil. La solidarité est normalement marquée par une communauté d'intérêts entre coobligés⁴⁶. Il est néanmoins fréquent que les codébiteurs soient inégalement intéressés à la dette et que l'un d'entre eux revête exclusivement la qualité de garant⁴⁷. Si, du point de vue de l'obligation à la dette, les débiteurs demeurent interchangeables, il est alors convenu que le codébitéur en question n'assumera aucune charge finale – aucune part divisée – et pourra se retourner pour le tout contre les codébiteurs intéressés. La qualité apparente

³⁹ L. AYNÈS et A. HONTEBEYRIE, « Pour une réforme du code civil, en matière d'obligation conjointe et d'obligation solidaire », *op. cit.*, p. 332.

⁴⁰ Cass., 3 avril 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 498.

⁴¹ Cass., 25 avril 1985, *Rev. not. belge*, 1985, p. 441.

⁴² Cass., 1^{er} octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 171; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 432.

⁴³ Cass., 25 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 204.

⁴⁴ Sur la marge de manœuvre dont disposent les parties dans l'aménagement de cette relation fondamentale, A. CATALDO et M. NOUNCKELE, « Deux questions en matière de solidarité : ses aménagements conventionnels et la portée du recours contributoire », in P. WÉRY (dir.), *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, coll. CUP, vol. 168, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 294-312.

⁴⁵ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, *op. cit.*, p. 388. On se gardera d'interpréter autrement les termes de la Cour de cassation, pour qui « la solidarité est de droit entre débiteurs commerciaux tenus d'une même obligation contractuelle » (Cass., 3 avril 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 498).

⁴⁶ H. DE PAGE, *Traité...*, *op. cit.*, n° 318.

⁴⁷ I. DURANT, « Quelques principes à propos des obligations plures en matière de bail », *Act. jur. baux*, 2000, p. 99; C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « L'obligation solidaire », *op. cit.*, p. 141.

des parties à l'acte est donc en contradiction avec la réalité. La règle est édictée à l'article 1216 du Code civil : « Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions. » La figure de la garantie mutuelle, qui caractérise les relations des codébiteurs intéressés entre eux (voy. *supra*, section 1), cède ici la place à une garantie simple. L'application n'est pas rare dans les contrats de prêt, les organismes prêteurs demandant souvent l'intervention de garants.

La jurisprudence a appris à identifier ces hypothèses et, le cas échéant, à requalifier des répartitions convenues de la charge finale de la dette qui ne correspondent pas à la volonté et à la situation réelles des parties⁴⁸. Il s'agit de désigner les codébiteurs qui profitent exclusivement de la dette et qui, partant, sont seuls tenus à la convention fondamentale ; les autres ne sont tenus qu'à l'obligation de garantie. Il est même permis que l'engagement du codébitéur adjoint soit requalifié en un véritable engagement de caution⁴⁹.

16. Distinction du cautionnement. Si leur structure obligatoire est la même, l'hypothèse de la solidarité-sûreté et la caution sont normalement deux institutions bien séparées. Le cautionnement est un contrat distinct de l'obligation principale, et se caractérise par son caractère accessoire⁵⁰. Le régime légal offre à la caution, en sus des exceptions inhérentes à la dette garantie, les bénéfices de discussion, de division et de subrogation qui ne sont pas connus de la solidarité passive⁵¹. En ce sens, la garantie personnelle offerte par la solidarité apparaît comme plus rapide et plus efficace que la caution⁵².

Mais, d'une part, il est devenu fréquent que la caution renonce à ces bénéfices⁵³, ce qui rapproche du même coup les deux mécanismes. D'autre part, le cautionnement solidaire⁵⁴ peut être considéré de nos jours comme le droit commun du cautionnement⁵⁵ : la caution conserve tous ses droits de recours envers

⁴⁸ Ch. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, « La protection des sûretés personnelles dites faibles – Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit », in Chr. BIQUET-MATHIEU (dir.), *Sûretés et procédures collectives*, coll. CUP, vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 28-30. Pour une illustration, Liège, 3 avril 2014, *R.G.D.C.*, 2016, p. 343.

⁴⁹ S. PARMENTIER, « Le cautionnement à titre gratuit », in P. WÉRY (dir.), *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, coll. CUP, vol. 129, Liège, Anthemis, 2011, p. 162; Civ. Liège (4^e ch.), 21 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 224; M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, *op. cit.*, p. 444.

⁵⁰ Caractère accessoire qui ne peut être contractuellement écarté, Cass., 16 décembre 1994, *J.T.*, 1996, p. 853.

⁵¹ Comp. A. TOUSSAINT, « Le cautionnement réel », *J.T.*, 2017, pp. 136-137.

⁵² P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1827, n° 1235.

⁵³ Qui ne sont pas impératifs, sauf exception (voy. p. ex. art. VII.111 du Code de droit économique). Les bénéfices de discussion et de division sont étrangers à la notion de solidarité, voy. Ch. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, « La protection des sûretés personnelles dites faibles – Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit », *op. cit.*, p. 26.

⁵⁴ Envisagé à l'article 2021 du Code civil.

⁵⁵ Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, *op. cit.*, p. 398; P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1830, n° 1239. Le cautionnement solidaire correspond généralement à la figure de la garantie simple. Lorsque plusieurs cautions sont engagées et qu'elles sont solidaires entre elles, le schéma mis en œuvre devient celui de la garantie mutuelle au second degré

le débiteur principal, tout en étant assimilée à un débiteur solidaire au stade de l'obligation à la dette. Seul subsiste, sauf convention contraire, le bénéfice de subrogation prévu à l'article 2037 du Code civil, qui permet à la caution d'être libérée lorsque le créancier a compromis ses droits envers le débiteur principal⁵⁶. Les créanciers cherchent d'ailleurs généralement à contourner cet effet non désiré. Par exemple, les organismes de crédit ont pris le pli de conditionner l'octroi du crédit à l'acquisition, par la caution, d'une partie, même infime, du bien immobilier grevé, ce qui a pour conséquence de transformer le garant en un véritable codébiteur solidaire (si la solidarité a été stipulée dans l'acte de crédit)^{57 58}.

17. Remise en question de la distinction. La solidarité-sûreté étant très proche du cautionnement solidaire⁵⁹, on peut s'interroger sur l'utilité de ce double⁶⁰. Le rôle assumé par le débiteur non intéressé est après tout identique à celui d'une caution; le besoin de garantie du créancier est, quant à lui, suffisamment satisfait dans le cadre du cautionnement. Au demeurant, le législateur a déjà œuvré en tempérant, ici ou là, les règles de la solidarité. L'article 203 du Code des sociétés impose par exemple d'agir d'abord contre la société en nom collectif avant de rechercher la condamnation de ses associés, prévoyant donc un bénéfice de discussion qui caractérise normalement la caution⁶¹. De manière générale, plusieurs législations protectrices (faillite, règlement collectif de dettes, crédit à la consommation) tendent aujourd'hui à appréhender les «sûretés personnelles» de façon générique⁶². Pourquoi, dès lors, ne pas envisager plus fondamentalement la suppression d'une disposition (l'article 1216) somme toute inutile⁶³?

(voy. *supra*, note n° 29). L'engagement pris dans le cadre de l'article 1216 s'apparente également à une garantie mutuelle au second degré, dès lors que plusieurs garants sont engagés.

⁵⁶ Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 400, n°s 806-807; Ch. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, «La protection des sûretés personnelles dites faibles – Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit», op. cit., p. 27.

⁵⁷ Voy. S. PARMENTIER, «Le cautionnement à titre gratuit», op. cit., p. 162; H. RONLEZ et F. HOET, «Caution à titre gratuit et à titre onéreux: quelle solidarité?», *For. imm.*, 2015/3, p. 6.

⁵⁸ Une nuance par rapport à cette matière: dans le cautionnement à titre gratuit, la solidarité ne peut se transmettre aux héritiers (voy. *infra*, n° 23 et note n° 78). Rappelons que c'est au créancier de démontrer que le cautionnement n'a pas été consenti à titre gratuit (art. 2043ter C. civ.), mais que la protection des articles 2043bis à 2043octies du Code civil n'est acquise que si le créancier agit à des fins professionnelles (art. 2043bis, b, C. civ.).

⁵⁹ Selon certains, l'article 2021 du Code civil n'est qu'un renvoi à l'hypothèse de l'article 1216 (voy. L. AYNÈS et A. HONTEBEYRIE, «Pour une réforme du code civil, en matière d'obligation conjointe et d'obligation solidaire», op. cit., p. 332, spéc. note 42).

⁶⁰ A. HONTEBEYRIE, «Quelle solidarité passive dans le code civil de demain?», op. cit., p. 89.

⁶¹ C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, «L'obligation solidaire», op. cit., p. 112.

⁶² Ch. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, «La protection des sûretés personnelles dites faibles – Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit», op. cit., p. 31; L. DU JARDIN, «Vers un droit commun des garanties personnelles? La loi relative au cautionnement à titre gratuit», R.G.D.C., 2008, pp. 207-2015, spéc. p. 209: l'auteur plaide, de *lege ferenda*, pour une distinction simplifiée entre les garanties personnelles stipulées «en l'absence de tout avantage économique tant direct qu'indirect» et les autres.

⁶³ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, op. cit., p. 445.

Section 3

La solidarité du cédant et du cessionnaire de la convention

18. Troisième illustration: la cession de contrat. La troisième situation s'inscrit également dans le schéma de la garantie simple. En comparaison avec les deux premières, on note simplement une différence du point de vue temporel: les engagements réciproques du cédant et du cessionnaire d'une convention à l'égard du créancier ne sont pas concomitants. Le lien obligatoire envers le cédant est maintenu après que celui-ci a transféré ses obligations au cessionnaire.

La loi fixe une telle solidarité pour certaines cessions de contrat. Il s'agit alors d'hypothèses d'obligations au total institutionnelles. C'est le cas par exemple de la cession de bail commercial: «*Le preneur originaire demeure solidairement tenu de toutes les obligations qui dérivent du bail initial.*»⁶⁴ Les parties à d'autres contrats peuvent volontairement prévoir la même garantie. Ainsi d'une clause de garantie solidaire dans une promesse unilatérale de vente d'un fonds de commerce:

«La réalisation de la promesse pourra avoir lieu, soit au profit du bénéficiaire [...], soit au profit de toute autre personne par lui désignée; mais dans ce dernier cas, le bénéficiaire restera tenu, solidairement avec son cessionnaire, au paiement du prix et à l'exécution des conditions de la vente.»⁶⁵

À l'inverse, le cessionnaire peut être institué – forcément après coup – débiteur d'obligations propres et antérieures du cédant. Ainsi du paiement des dettes fiscales en cas de cession d'universalité⁶⁶.

Dans ces hypothèses, le cédant ou le cessionnaire, selon le cas, deviennent de véritables débiteurs solidaires et non de simples cautions solidaires⁶⁷. Par identité de motifs avec la section précédente, une remise en cause de cette nuance peut être envisagée.

Section 4

L'indivisibilité, cas particulier d'obligation solidaire?

19. Généralités. Si la matière de l'indivisibilité a, «depuis toujours, la réputation d'être particulièrement absconse»⁶⁸, c'est peut-être parce qu'elle est mal circonscrite. La description classique, par la doctrine, de la distinction entre indivisibilité naturelle et indivisibilité conventionnelle ne rend pas compte de

⁶⁴ Art. 11, III, de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux.

⁶⁵ Cité par M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, op. cit., p. 390.

⁶⁶ Art. 442bis, § 2, C.I.R. 92: «Le cessionnaire est solidairement responsable du paiement des dettes fiscales dues par le cédant à l'expiration du délai visé au § 1^{er}, à concurrence du montant déjà payé ou attribué par lui ou d'un montant correspondant à la valeur nominale des actions ou parts attribuées en contrepartie de la cession, avant l'expiration dudit délai.»

⁶⁷ C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, «L'obligation solidaire», op. cit., p. 107 et références citées note 4.

⁶⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 438, n° 466.

la place exacte qu'occupe cette matière au sein des obligations au tout. La question est pourtant essentielle dès lors que «le régime de l'indivisibilité se définit par comparaison avec celui de la solidarité en précisant les points sur lesquels il se sépare de ce dernier»⁶⁹. L'article 1219 du Code civil annonce clairement: «*La solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité.*»

De lege lata, le juge du fond apprécie souverainement l'existence d'une indivisibilité naturelle ou conventionnelle⁷⁰. À notre estime, ce pouvoir ne peut cependant lui permettre de contourner trop facilement le prescrit de l'article 1202 du Code civil. Soit l'indivisibilité a été expressément prévue, soit elle résulte avec certitude de la volonté réelle des parties⁷¹. Le fait que la prestation visée soit la contrepartie d'une prestation elle-même indivisible nous semble insuffisant, de la même façon que la solidarité passive ne se déduit pas d'une clause de solidarité active^{72 73}.

20. L'indivisibilité naturelle. L'article 1217 du Code civil vise l'indivisibilité naturelle, soit les obligations qui ont pour objet «*ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution [...] n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle*». Ainsi de la livraison d'un cheval ou de la vente d'une maison, exemples classiques, mais également de l'obligation de restitution dans le prêt à usage⁷⁴ ou encore de la réalisation de travaux d'une même spécialité technique (gros œuvre, ou électricité, ou menuiserie, etc.), ils sont codébiteurs d'une obligation indivisible que l'on pourrait qualifier d'*absolue*. Chacun d'entre eux est débiteur principal de l'ensemble de la dette, car n'existe alors qu'une seule et même obligation principale. En d'autres termes, on ne retrouve pas ici de relation de garantie comme c'était le cas dans les hypothèses de solidarité. L'indivisibilité peut alors être qualifiée d'obligation au total *stricto sensu*, marquée par une véritable unité d'objet. Son régime découle de cette nature et sa fonction première n'est donc pas de garantir le paiement du créancier⁷⁵. Les choses fonctionnent en fait comme dans les obligations qui n'ont pas un caractère plural⁷⁶: il n'existe qu'une seule relation fondamentale qui empêche le débiteur de diviser le paiement de sa dette.

⁶⁹ P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1850, n° 1261.

⁷⁰ Cass., 29 octobre 1886, *Pas.*, 1886, I, p. 361; Cass., 20 février 1890, *Pas.*, 1890, I, p. 99; H. DE PAGE, *Traité...*, op. cit., p. 303.

⁷¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 441, n° 469.

⁷² J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, «Le régime des créances et des dettes», op. cit., p. 254. Une ancienne décision a par exemple retenu que les honoraires d'un notaire, pourtant essentiellement divisibles, devaient être considérés comme indivisibles, compte tenu du «rapport en fonction duquel ils sont considérés dans l'obligation, à savoir la rétribution d'une prestation essentiellement indivisible», ce qui est critiquable (Bruxelles, 27 février 1960, *J.T.*, 1961, p. 10).

⁷³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 461, n° 488.

⁷⁴ Cette indivisibilité est renforcée par la solidarité prévue à l'article 1877 du Code civil.

⁷⁵ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, op. cit., pp. 467-469.

⁷⁶ Art. 1222 et 1244, al. 1^{er}, C. civ.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 395, n° 413.

21. L'indivisibilité conventionnelle. L'article 1218 du Code civil traite quant à lui de l'indivisibilité conventionnelle: «*L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle.*» On range dans cette catégorie les obligations dont l'objet n'est pas intrinsèquement indivisible mais est conventionnellement prévu comme tel, ce qui est par essence le cas des prestations monétaires. Il en va de même, par exemple, de la convention d'entreprise contractée par plusieurs entrepreneurs mais sans répartition des divers lots de travaux: la construction de la maison peut être vue comme une indivisibilité relative, étant donné qu'il s'agit d'une prestation en nature comprenant différentes spécialités techniques que les parties n'ont pas voulu scinder. La fonction de l'indivisibilité change: il s'agit bien, cette fois, d'assurer le paiement intégral de la dette par le mécanisme de la garantie. Ce faisant, «on dépasse le domaine de l'indivisibilité proprement dite pour entrer dans le domaine de la solidarité, donc de la garantie mutuelle»⁷⁷.

Il faut par conséquent abandonner la confusion entre l'indivisibilité naturelle (absolue) et l'indivisibilité conventionnelle, du point de vue de leur régime, la seconde n'étant ni plus ni moins qu'une hypothèse de solidarité entendue comme garantie mutuelle.

22. Clarification. Cette distinction entraîne en fait une conséquence bien plus essentielle que celle qui est présentée traditionnellement. La véritable indivisibilité, caractérisée par une unité d'objet (*l'idem debitum*), nécessite l'engagement des débiteurs dans les liens d'une même convention fondamentale. Dès lors, le paiement par un codébiteur ne devrait lui ouvrir aucun droit de recours, puisqu'il ne fait qu'exécuter une prestation unique qui lui incombe autant qu'à ses coobligés. «Lorsque le codébiteur d'une obligation de non-concurrence s'abstient justement de faire concurrence au créancier, il semble évident de ne pas lui ouvrir un droit de recours qui n'aurait aucun sens. Lorsque le co-vendeur d'une chose délivre celle-ci au créancier, il ne dispose pas d'un droit de recours contre les autres co-vendeurs. [...] Si un règlement de compte intervient entre les codébiteurs indivisibles, ce n'est que pour liquider le partage entre eux de la contre-prestation due par le créancier aux codébiteurs. Un tel règlement ne doit pas être confondu avec l'exercice d'un recours du *solvens*. Ainsi, les sommes dues par le maître de l'ouvrage au titre des travaux effectués par les coentrepreneurs sont versées à un compte-joint et sont ensuite réparties entre les coentrepreneurs en fonction du travail effectué personnellement par chacun.»⁷⁸

23. Quid du recours de l'héritier? Comment concilier ce constat avec le principe de transmission de l'obligation indivisible aux héritiers? Cette exception au sein des obligations au tout résulte de l'article 1223 du Code civil, à lire dans la foulée de l'article 1222. En réalité, cette transmission n'empêche pas la division naturelle de la dette lorsqu'elle est possible, et notamment lorsque les

⁷⁷ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, op. cit., p. 467.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 474.

obligations concernées portent sur des sommes d'argent. Si le paiement est indivisible, l'obligation est toujours divisible entre les héritiers, qui se garantissent mutuellement pour le surplus. C'est ainsi qu'il faut comprendre les articles 1221 *in fine* et 1225 du Code civil, qui offrent un droit de recours à l'héritier *solvens*, qui paye sa dette mais également, pour partie, celle d'autrui.

Évidemment, restreindre l'indivisibilité aux hypothèses d'indivisibilité naturelle, pour ranger l'indivisibilité conventionnelle au rang de la solidarité, pourrait revenir à écarter le principe de transmission aux héritiers pour les cas d'indivisibilité conventionnelle. Selon l'article 1220, la solidarité, elle, ne se transmet pas aux héritiers : chacun ne peut être poursuivi qu'en proportion de la part recueillie dans la succession⁷⁹. Pourquoi ne pas étendre cependant la règle de la transmission aux héritiers à l'ensemble des obligations au tout ? Après tout, le successeur n'est-il pas toujours censé prolonger, sur le plan obligatoire, la personne de son auteur⁸⁰ ? Une doctrine enseigne d'ailleurs la possibilité de convenir d'une solidarité à charge des héritiers, même en l'absence d'indivisibilité⁸¹.

Il n'y aurait plus besoin alors des clauses d'engagement ou de responsabilité «solidaire et indivisible»⁸² qui, à l'heure actuelle, sont nécessaires pour compléter le régime des obligations solidaires par la garantie de la transmission successorale⁸³. Pareille stipulation de solidarité et d'indivisibilité ne se justifierait plus que pour les obligations indivisibles par nature, afin d'assortir celles-ci des effets secondaires de la solidarité, qui, à défaut, ne leur sont pas applicables. En outre, elle permettrait toujours de compléter le régime de l'indivisibilité en cas d'inexécution (voy. *infra*, n° 28). Sans elle, les codébiteurs ne supportent qu'une part et portion conjointe de responsabilité ; avec elle, le schéma mis en œuvre prend la forme d'une garantie mutuelle ou d'une garantie simple, selon que l'inexécution est imputable à l'ensemble ou à certains seulement des codébiteurs. Tout ceci est à mettre en relation avec ce qui sera vu aux chapitres 2 et 3.

⁷⁹ P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, op. cit., n°s 1248 et 1299 ; S. VAN BREE, « Les contours de l'obligation solidaire », op. cit., p. 118. La solidarité persiste cependant en ce qui concerne ses effets secondaires, à concurrence de la dette divisée (P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 437, n° 465).

⁸⁰ À l'inverse, une autre solution pourrait consister à aligner les conséquences de l'indivisibilité et de la solidarité sur celles du cautionnement à titre gratuit, à propos duquel l'article 2043octies du Code civil dispose que « Les obligations des héritiers d'une caution concernant le cautionnement sont limitées à la part d'héritage revenant à chaque [sic] d'entre eux ; Les héritiers ne sont pas tenus de manière solidaire des engagements de la caution, nonobstant toute convention contraire ».

⁸¹ H. DE PAGE, *Traité...*, op. cit., n° 339. Sous réserve de la note suivante.

⁸² Pareille clause est exclue dans le cautionnement à titre gratuit (art. 2043octies, al. 2, C. civ.) : la dette de cautionnement se divise impérativement entre les héritiers de la caution.

⁸³ Cass., 10 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 974 ; J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Levallois, Éd. Francis Lefebvre, 1999, p. 209, n° 470 ; P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1851, n° 1263. « En définitive, l'indivisibilité conventionnelle recouvre la solidarité, mais elle y ajoute la transmission aux successeurs. » (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations...*, op. cit., p. 727, n° 848).

24. Conclusion. La véritable indivisibilité naturelle est somme toute limitée. Dans les faits, l'indivisibilité au sens général est donc, très souvent, purement conventionnelle et suit le schéma de la garantie mutuelle. Elle diffère cependant de la solidarité de par le régime actuellement organisé par le législateur, qui mérite d'être revu⁸⁴.

Chapitre 2

Les responsabilités découlant du contrat

25. Plan. Stipulée lors de la formation du contrat, la clause de solidarité prend tout son sens en cas d'inexécution de ce dernier. Ce deuxième chapitre est l'occasion de revenir sur le concept de responsabilité solidaire et ses conséquences (section 1). Parfois, l'exercice implique que l'on jongle avec des institutions et des considérations diverses, voire même bien imbriquées. Les questions de responsabilité plurale en matière contractuelle peuvent se mêler d'éléments de tierce complicité, surgir entre parties à un même contrat mais aussi à des contrats distincts. L'absence de clause de solidarité ne permet pas toujours au débiteur de se garantir le caractère conjoint d'une éventuelle dette de réparation : une condamnation *in solidum* est possible tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle. Mais à quelle(s) condition(s) ? La limite du voisinage avec la solidarité proprement dite n'est pas toujours facile à tracer (section 2). La similarité entre les responsabilités solidaires et *in solidum* amène en outre à s'interroger sur ce qui les distingue vraiment (section 3).

Section 1

L'inexécution fautive des obligations solidaires

26. La perte de la chose due. Le législateur règle à l'article 1205 du Code civil les conséquences de la perte de la chose due par les codébiteurs :

« Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose ; mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts. »

Le créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure. »

Deux hypothèses de perte sont visées : celle résultant d'un manquement fautif et celle due à un cas de force majeure. Dans le premier cas, du point de vue de l'obligation à la dette, la faute d'un codébiteur est assimilée à celle des autres. Tous restent tenus solidairement de la valeur de la chose perdue. En revanche,

⁸⁴ À noter que, sans porter de véritable modification de la matière, le Code civil français traite désormais des obligations « à prestation indivisible » (art. 1309 et 1320).

en ce qui concerne les dommages et intérêts complémentaires, la solidarité ne s'étend pas au-delà des codébiteurs fautifs. Dans le deuxième cas, l'article 1205 élargit la portée de la mise en demeure à l'ensemble des codébiteurs⁸⁵ : adressée à l'un des codébiteurs, elle suffit à transférer les risques à l'égard des autres. Tous seront tenus selon la règle *res perit debitori*. À nouveau, les dommages et intérêts complémentaires ne seront par contre dus que par les destinataires de la mise en demeure.

Comme on a déjà eu l'occasion de le dire (voy. *supra*, n° 11), les conséquences de la faute d'un codébiteur ne peuvent s'expliquer par une quelconque représentation réciproque, puisque la représentation ne peut porter que sur des actes juridiques. Il faut donc tâcher d'expliquer autrement cet effet de la solidarité.

Si l'on s'en tenait au droit commun de la responsabilité contractuelle, seuls les débiteurs fautifs ou en demeure seraient tenus de payer la valeur de la chose perdue. En outre, ils ne le seraient que par un ensemble d'obligations conjointes. En cas d'inexécution d'une obligation en nature, la responsabilité contractuelle se divise en effet entre les codébiteurs. Par l'effet de l'article 1205, les débiteurs étrangers à la faute ou à la mise en demeure garantissent les débiteurs concernés. Ce n'est qu'en ce sens qu'ils répondent de la faute d'autrui vis-à-vis du créancier. « Pour ces codébiteurs, l'article 1205 ne fait qu'instituer un mécanisme de responsabilité contractuelle pour autrui. Pour les autres codébiteurs, l'article 1205 impose une garantie mutuelle ajoutée à la responsabilité contractuelle conjointe qu'ils doivent en principe assumer vis-à-vis du créancier victime. L'article 1205 n'a donc rien à voir avec le mécanisme de la représentation réciproque. »⁸⁶

27. Élargissement à tous les cas d'inexécution. Abrogeant le prescrit de l'article 1205, le nouvel article 1319 du Code civil français institue désormais une extension de la solidarité des codébiteurs à toutes les conséquences de l'inexécution de l'obligation : « *Les codébiteurs solidaires répondent solidairement de l'inexécution de l'obligation. La charge en incombe à titre définitif à ceux auxquels l'inexécution est imputable.* » Cela concerne tant le paiement des dommages et intérêts contractuels que les restitutions réciproques consécutives à l'anéantissement du contrat, étant entendu que le juge a le pouvoir de répartir de manière inégale le poids de l'inexécution⁸⁷. Les choses fonctionnent sous l'angle d'une garantie simple offerte par les codébiteurs non fautifs qui, au stade contributoire, sont fondés à se retourner pour le tout contre les codébiteurs responsables. Ainsi prévue, la solidarité s'applique notamment aux dommages et intérêts dus en cas d'inexécution des obligations de faire.

⁸⁵ De la même façon que l'article 1207 prévoit que « [l]a demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous ».

⁸⁶ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, op. cit., p. 153.

⁸⁷ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations...*, op. cit., p. 724, n° 844.

En dehors de la perte de la chose due, c'est déjà l'interprétation parfois donnée au régime de la responsabilité solidaire contractuelle en l'état actuel de notre Code civil⁸⁸. Un exemple peut être trouvé dans l'association momentanée, par laquelle plusieurs débiteurs s'unissent pour la réalisation d'obligations de faire : la solidarité frappe alors leur responsabilité contractuelle en cas d'inexécution, et donc les dommages et intérêts auxquels donne lieu cette responsabilité⁸⁹. De même, dans les contrats synallagmatiques, la faute de l'un des débiteurs peut suffire à fonder une résolution de la convention à l'égard de tous⁹⁰.

28. Application aux obligations indivisibles. Cette responsabilité contractuelle étendue est un avantage qui n'est pas attaché à l'indivisibilité, comme du reste tous les effets secondaires accompagnant la solidarité. Si l'on se place sous l'angle de l'indivisibilité naturelle – la seule qui mérite d'être véritablement distinguée de la solidarité (voy. *supra*, n° 22) –, on retrouve ici l'intérêt des clauses stipulant à la fois l'indivisibilité et la solidarité. Il n'y a pas alors confusion, mais complémentarité entre les institutions. L'indivisibilité permet de régler le sort de l'exécution en nature des obligations de faire ; la solidarité, quant à elle, s'appliquera aux dommages et intérêts réparant l'inexécution de ces obligations. Sans cette stipulation, l'inexécution fautive des obligations de faire se résout en effet en une exécution par équivalent, soit des obligations pécuniaires qui ne sont plus gouvernées par l'indivisibilité et qui, par défaut, sont des obligations conjointes⁹¹. La clause en question permet au contraire de soumettre les dommages et intérêts au régime de la garantie mutuelle ou de la garantie simple, selon qu'un ou plusieurs codébiteurs sont responsables du dommage⁹². Soit deux débiteurs : si un seul est fautif, l'autre interviendra comme garantie simple, avec un recours pour le tout ; s'ils le sont tous les deux, ils se garantiront mutuellement vis-à-vis du créancier. En cas d'inexécution contractuelle, le créancier peut s'adresser à n'importe lequel de ses débiteurs, sans avoir à entrer dans des discussions sur l'imputabilité. Si la faute est imputable, en tout ou en partie, à un autre débiteur, le *solvens* dispose d'un recours à concurrence de la garantie ainsi offerte.

⁸⁸ « Cette obligation au tout, qui pèse sur chaque débiteur, s'applique autant à l'exécution en nature de l'obligation qu'aux dommages et intérêts qui sont dus en cas de manquement contractuel dommageable au créancier. » (P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 414, et les références citées).

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 401-402.

⁹⁰ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1844, n° 1252, qui tempère toutefois le propos en ce qui concerne les dommages et intérêts complémentaires prévus par l'article 1184 du Code civil, dont il semble entendre qu'ils doivent suivre la solution de l'article 1205.

⁹¹ Même si les dommages et intérêts prennent la forme d'une clause pénale forfaitaire, art. 1233, al. 1^{er}, C. civ.

⁹² M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, op. cit., pp. 480-481, qui cite l'exemple des clauses de solidarité en matière de groupements solidaires d'entreprises, lorsque les entrepreneurs sont tenus indivisiblement au terme d'une même convention : « L'indivisibilité naturelle se suffit à elle-même car elle oblige déjà chaque coobligé à la totalité de la prestation. Ce n'est qu'au stade de la responsabilité contractuelle que la solidarité manifestera ses effets, par l'obligation faite à chacun des coobligés solidaires de payer l'intégralité des dommages et intérêts. »

29. Application à la cession de contrat. Si l'on se place cette fois sous l'angle de la cession de contrat, par exemple en cas de cession de bail commercial, la solidarité porte sur toutes les obligations généralement quelconques qui dérivent du contrat initial. Ainsi des obligations découlant de la fin du bail, mais aussi des dégâts locatifs, des indemnités stipulées en cas de résolution aux torts du cessionnaire ou encore des indemnités d'occupation dues à la suite d'une restitution tardive du bien loué⁹³. La perte de l'intérêt à la location, dans le chef du cédant, lui ouvre ensuite un recours contributoire pour le tout⁹⁴. La solidarité n'a toutefois d'effet que pour la période locative initiale et ne s'étend pas aux renouvellements postérieurs⁹⁵.

30. Limite : l'abus de droit. La théorie de l'abus de droit peut, dans certaines situations, venir en aide au débiteur, par exemple lorsque le créancier a négligé d'agir en temps utile ou de façon appropriée contre le cessionnaire (par exemple en sollicitant tardivement la résiliation du bail⁹⁶). La sanction de cet abus peut aboutir à la perte du bénéfice de la solidarité pour le créancier négligent⁹⁷. Son droit d'élection n'est donc pas discrétionnaire⁹⁸.

31. Rappel : exigence de stipulation. On renverra pour le surplus à ce qui a déjà été dit à propos de la stipulation de la solidarité, qui seule permet l'application des effets dont il est question⁹⁹. Si une convention d'association se contente de stipuler que les recettes se répartissent par parts égales entre associés, il ne peut s'en déduire une solidarité pour les dettes de responsabilité auxquelles les associés pourraient être condamnés¹⁰⁰.

Par ailleurs, une clause du contrat peut venir limiter les pouvoirs d'action respectifs des coobligés par rapport à la dette globale, sous peine de responsabilité. Encore que cette sanction soit aussi envisageable en l'absence de clause : l'acte posé par le coobligé, tout en restant valable vis-à-vis de l'autre partie, expose son auteur à des dommages et intérêts s'il dépasse son intérêt ou se révèle inopportun¹⁰¹. Cela rejoint l'hypothèse de l'abus de droit.

⁹³ C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « L'obligation solidaire », *op. cit.*, p. 108 et références citées.

⁹⁴ Comp. un locataire donnant congé avant le terme convenu, qui reste tenu de la même façon, voy. J. GHESTIN et al., « Le régime des créances et des dettes », *op. cit.*, p. 259.

⁹⁵ I. DURANT, « Quelques principes à propos des obligations plures en matière de bail », *op. cit.*, p. 99; Cass., 6 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 603; Cass., 31 janvier 2002, *Pas.*, 2002, p. 282.

⁹⁶ Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 728; R.D.C., 1988, p. 696; J.P. Fexhe-Slins, 12 juin 1989, *J.J.P.*, 1989, p. 283; Civ. Bruges, 20 juin 1997, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 747; Civ. Nivelles, 23 avril 1999, *J.L.M.B.*, 1999, II, p. 1742. *Contra*: Civ. Huy, 27 mars 2013, *J.J.P.*, 2014, p. 182.

⁹⁷ J.P. Tournai (1^{er} canton), 15 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1062. Pour une application en matière de bail: J.P. Ixelles, 18 mars 2008, *J.T.*, 2008, p. 320.

⁹⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 442, n° 471.

⁹⁹ Voy. aussi M. VANDENBOGAERDE, *Pluraliteit van schuldenaars bij verbintenissen*, *op. cit.*, pp. 152 et s.

¹⁰⁰ Civ. Mons, 12 février 1999, *J.T.*, 1999, p. 703, cité par C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « L'obligation solidaire », *op. cit.*, p. 102.

¹⁰¹ Voy. L. AYNÈS et A. HONTEBEYRIE, « Pour une réforme du code civil, en matière d'obligation conjointe et d'obligation solidaire », *op. cit.*, p. 334.

Les situations que nous étudions ici ont trait aux conséquences d'une solidarité qui a été stipulée, en cas d'inexécution du contrat. Mais qu'en est-il des manquements contractuels en dehors de toute clause de solidarité? S'il est exclu que la responsabilité contractuelle puisse alors être *solidaire*, il faut s'interroger sur la possibilité de recourir aux obligations *in solidum*.

Section 2

La responsabilité *in solidum*

32. Évolution historique. Il est un fait qu'en matière de responsabilité, le régime de l'obligation au tout a supplanté le principe de division des dettes plures. L'arrêt de la Cour de cassation du 15 février 1974 étend pour la première fois à la responsabilité contractuelle le principe de la responsabilité *in solidum* des auteurs de fautes aquiliennes distinctes ayant causé un préjudice unique¹⁰². La doctrine admet sans difficulté cette application¹⁰³.

Auparavant, la Cour de cassation déduisait déjà de l'article 50 du Code pénal un principe général de droit suivant lequel les coauteurs d'une faute commune sont solidairement tenus de réparer le dommage causé par cette faute¹⁰⁴. La faute commune, soit celle que plusieurs personnes commettent ensemble en contribuant sciemment à produire un fait dommageable, est tout autant concevable en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle.

Désormais, la preuve de fautes concurrentes suffit. Ainsi d'un notaire et de vendeurs condamnés *in solidum* à rembourser à l'acheteur les frais d'une vente annulée, le chalet vendu ayant été construit sans permis de bâtir, ce qui ni les vendeurs ni le notaire n'ignoraient¹⁰⁵.

À l'origine, la reconnaissance de l'existence de la catégorie des obligations *in solidum* s'est pourtant heurtée à de nombreuses controverses, certains prônant l'application de la solidarité pure et simple, d'autres envisageant l'existence d'une « solidarité imparfaite » qui ne produirait pas les effets secondaires de la solidarité, d'autres encore préférant alors créer un type d'obligation *sui generis*, l'obligation *in solidum*, qui, faute d'être prévue par la loi, résulterait de la « nature des choses ».

¹⁰² J.-L. FAGNART, « L'obligation "in solidum" dans la responsabilité contractuelle », note sous Cass. (1^{re} ch.), 15 février 1974, *R.C.J.B.*, 1974, p. 233; J. PÉRILLEUX, « La solidarité et l'obligation *in solidum* dans la responsabilité contractuelle », *R.G.A.R.*, 1975, n° 9519.

¹⁰³ J.-L. FAGNART, « L'obligation "in solidum" dans la responsabilité contractuelle », *op. cit.*, p. 250.

¹⁰⁴ Cass., 15 février 1886, *Pas.*, 1886, I, p. 76; Cass., 3 janvier 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 117; Cass., 3 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 410.

¹⁰⁵ Bruxelles, 9 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 222: de façon quelque peu critiquable, l'arrêt ne retient en revanche pas de lien causal entre la faute du notaire et les frais d'acte de crédit. C'est par contre à bon droit que le prix de vente en tant que tel n'est pas imputé au notaire, l'annulation entraînant l'obligation, dans le chef des vendeurs, de restituer le prix de vente, qui ne peut donc plus constituer un dommage pour l'acheteur.

À l'encontre de l'application de la solidarité pure à la matière de la responsabilité extracontractuelle ou contractuelle, l'on avance souvent l'idée que la solidarité implique une certaine communauté d'entreprise entre les codébiteurs. Dans ce cadre, l'«[o]n conçoit difficilement [...] que le législateur impose une charge aussi lourde à des gens qui n'ont entre eux rien de commun, et plus difficilement encore que ceux-ci acceptent conventionnellement une charge semblable»¹⁰⁶.

Demolombe a été le premier à fournir une explication convaincante de l'obligation *in solidum*. Acceptée largement par la doctrine française, celle-ci resta d'abord vivement critiquée en doctrine belge¹⁰⁷, avant de prendre sa place au sein de la responsabilité délictuelle d'abord, et contractuelle ensuite. Après une nouvelle période de critiques dans les années suivant la Seconde Guerre mondiale¹⁰⁸, la catégorie des obligations *in solidum* n'est, de nos jours, plus guère remise en cause.

33. Fautes concurrentes ayant causé un dommage unique. L'absence de solidarité stipulée au contrat ne suffira pas pour échapper, le cas échéant, à une condamnation *in solidum* lorsque les fautes concurrentes des coresponsables causent un dommage unique à la victime. Comme le souligne la Cour de cassation, «pour pouvoir justifier, en matière contractuelle, une condamnation à réparer la totalité du dommage, il n'est pas requis que les fautes distinctes commises par chacune des parties mises en cause, constituent la violation d'une obligation résultant d'un même engagement contractuel»¹⁰⁹. Il suffit qu'elles soient à l'origine d'un même dommage, un dommage indivisible¹¹⁰. L'exemple type de situations aboutissant à ce genre de condamnation est celui des contrats de construction, lors de la mise en cause de la responsabilité de l'architecte et de l'entrepreneur. Il en est de même de l'hôpital et du chirurgien liés par des contrats distincts au malade, et lui causant un dommage par leurs fautes concurrentes. Engagés par le biais de contrats différents envers le maître de l'ouvrage ou le patient et ayant des intérêts distincts, les différents intervenants dans ces situations ne peuvent pas être soumis à un régime de solidarité¹¹¹. Néanmoins, par ces faits générateurs individuels reliés à un dommage unique, le schéma mis en œuvre est à nouveau celui de la garantie mutuelle ; mais, à défaut d'engagement contractuel concomitant, cette garantie trouve sa source dans la jurisprudence¹¹².

¹⁰⁶ J.-L. FAGNART, «L'obligation "in solidum" dans la responsabilité contractuelle», *op. cit.*, p. 235, citant BAUDRY-LACANTINIERE et BARDE, *Des obligations*, t. II, Paris, 1902, n° 1119.

¹⁰⁷ J.-L. FAGNART, «L'obligation "in solidum" dans la responsabilité contractuelle», *op. cit.*, pp. 236-237.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 245 ; J. PÉRILLEUX, «La solidarité et l'obligation *in solidum* dans la responsabilité contractuelle», *op. cit.*, p. 199.

¹⁰⁹ Cass. (1^{re} ch.), 15 février 1974, R.C.J.B., 1974, p. 229.

¹¹⁰ Des dommages connexes, mais distincts, ne suffisent pas. Voy. M. VANDENBOGAERDE, *Pluraliteit van schuldenaars bij verbintenissen*, *op. cit.*, p. 160. Pour plus de détails sur le concept de «dommage unique», voy. M. VANDENBOGAERDE, *op. cit.*, pp. 325 et s.

¹¹¹ J.-L. FAGNART, «L'obligation "in solidum" dans la responsabilité contractuelle», *op. cit.*, pp. 250-251.

¹¹² M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, *op. cit.*, p. 419.

Rappelons à cet égard que la liberté contractuelle permet d'écarter la possibilité d'une éventuelle condamnation *in solidum*, sauf s'il s'agit de déroger à une responsabilité d'ordre public, comme l'a décidé la Cour de cassation¹¹³.

Rappelons également que le contrat peut avoir pour effet de limiter les montants des dettes respectives dues par les débiteurs. C'est ainsi que l'obligation de l'assureur de responsabilité est généralement limitée par le contrat d'assurance, à la différence de l'obligation de l'assuré¹¹⁴.

34. Une responsabilité *in solidum* en cas d'inexécution contractuelle ?

Dans le cas où les codébiteurs sont liés par un contrat unique, et en l'absence de stipulation de solidarité, une condamnation *in solidum* peut-elle être prononcée pour inexécution fautive ? Une réponse négative à cette question s'impose normalement. En effet, si les parties n'ont pas souhaité stipuler la solidarité dans l'instrument qui les lie, leur obligation est en principe conjointe, conformément à l'article 1202 du Code civil, et chacune d'elles n'est donc liée que pour sa part¹¹⁵. Ainsi, en l'absence de stipulation de solidarité pour le paiement du loyer, le manquement de l'un des locataires ne peut être imputé qu'à lui seul.

D'un autre côté, les obligations *in solidum* sont censées résulter de «la nature des choses», et l'on voit mal pourquoi l'existence d'un contrat ferait disparaître cette «nature des choses» lorsque les codébiteurs contractuels, par leurs manquements respectifs, contribuent à causer un même dommage à leur créancier commun... Par exemple, lorsque deux locataires manquent à leur obligation d'entretien du bien loué, et que cela vient à causer l'incendie de ce bien, leur condamnation *in solidum* à la réparation du dommage s'impose. Plus que le caractère unique du contrat, le type de l'obligation inexécutée et le caractère unique du dommage causé sont déterminants pour caractériser la dette de responsabilité en découlant.

En ce sens, une réponse positive peut être envisagée dans le cas où les codébiteurs violent une obligation indivisible¹¹⁶. Par exemple, les époux coveurs d'un immeuble engagent leur responsabilité *in solidum* à l'égard de l'acheteur, s'ils méconnaissent leur obligation de délivrance, obligation indivisible par nature¹¹⁷. Il est également possible de considérer non pas tellement l'obligation d'entretien que celle de restitution du bien loué, obligation indivisible par nature, ce qui justifie alors pleinement la condamnation des colocataires, dans notre précédent exemple, à une réparation *in solidum*¹¹⁸.

¹¹³ Cass., 5 septembre 2014, R.G. n° C.13.0395.N, J.L.M.B., 2015, p. 1627 ; A. CATALDO et M. NOUNCKELE, «Deux questions en matière de solidarité : ses aménagements conventionnels et la portée du recours contributoire», *op. cit.*, pp. 304-306.

¹¹⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 449-450, n° 479.

¹¹⁵ M. VANDENBOGAERDE, *Pluraliteit van schuldenaars bij verbintenissen*, *op. cit.*, pp. 152 et s.

¹¹⁶ J.-L. FAGNART, «L'obligation "in solidum" dans la responsabilité contractuelle», *op. cit.*, p. 253.

¹¹⁷ Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 14 mai 1959, Bull., 1959, I, p. 205, n° 245.

¹¹⁸ Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, «[l]orsque l'obligation indivisible n'est pas exécutée par suite de la faute des codébiteurs et que l'exécution en nature fait place au paiement des dommages et intérêts, la dette perd son caractère d'indivisibilité» (P. WÉRY, *op. cit.*, p. 445, n° 475 et les références

35. Concours de responsabilités. En principe, lorsque les parties sont liées par un contrat, seule leur responsabilité contractuelle peut être mise en cause, conformément aux conditions précitées. Un recours en responsabilité délictuelle ne peut être envisagé qu'en cas de concours de responsabilités, si les conditions strictes de ce concours sont réunies (c'est-à-dire, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, la réunion, d'une part, de la violation non seulement d'une obligation contractuelle, mais également d'une obligation générale de prudence qui s'impose à tous et, d'autre part, de la survenance d'un dommage autre qu'un dommage purement contractuel¹¹⁹¹²⁰). Dans ce contexte, on ne voit pas ce qui empêcherait une condamnation *in solidum*.

Section 3

Critique de la distinction entre obligation solidaire et obligation *in solidum*

36. Constat. Sous l'angle de la conception dualiste de la solidarité qui a émergé en France, et en y regardant d'un peu plus près, il semble que les différences entre les notions d'obligation solidaire et *in solidum* ne sont finalement pas si déterminantes que cela¹²¹. De là à envisager une fusion des deux institutions, n'y a-t-il qu'un pas ? Quatre différences fondamentales méritent d'être analysées plus en détail.

37. Sources. Tout d'abord, on enseigne que la source de la solidarité est technique. Elle ne peut être appliquée que si elle est prévue par la loi, la convention des parties, une règle coutumière ou un principe général de droit, là où l'obligation *in solidum* s'impose par la nature des choses. Comme le souligne Marc Mignot, « [h]ors du droit romain, le fondement de l'obligation *in solidum* a toujours été rattaché à des éléments purement objectifs. En fondant l'obligation *in solidum* sur un sol purement objectif, la doctrine évitait qu'on ne lui

citées). L'on serait donc en présence d'obligations conjointes donnant lieu à une condamnation *in solidum*. Compte tenu de l'origine de ces obligations conjointes (issues d'une obligation indivisible originaire), cette condamnation *in solidum* des codébiteurs nous semble être justifiée par la « nature des choses ».

¹¹⁹ Voy. not. Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376, et concl. MAHAUX; R.G.A.R., 1974, n° 9317, obs. J.-L. FAGNART; Cass., 14 octobre 1985, R.C.J.B., 1988, p. 341, note M. VAN QUICKENBORNE; Cass., 26 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 216; Cass., 29 septembre 2006, R.W., 2006-2007, p. 1717, note A. VAN OEVELEN; N.J.W., 2006, p. 946, note I. BOONE.

¹²⁰ Sur la controverse relative à l'interprétation des deux conditions, voy. encore H. BOCKEN, « Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Verfijners, verdwijners en het arrest van het Hof van cassatie van 29 september 2006 », N.J.W., 2007, pp. 722-731; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle – Les relations entre la responsabilité aquilienne et les contrats. Fatales attractions », in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, Livres 3 et 3bis, Bruxelles, Kluwer, 2003; M. VANDENBOGAERDE, *Pluraliteit van schuldenaars bij verbintenissen*, op. cit., pp. 154 et s.

¹²¹ Dans une précédente contribution, nous avons déjà fait ce constat à partir de deux problématiques particulières de la solidarité, voy. A. CATALDO et M. NOUNCKE, « Deux questions en matière de solidarité : ses aménagements conventionnels et la portée du recours contributoire », op. cit., pp. 329-331.

reprochât de violer l'article 1202 du Code civil en présumant l'existence de la solidarité dans des hypothèses qui n'avaient pas été prévues par le législateur. Ainsi, pour que l'obligation *in solidum* acquit droit de cité, il fallait qu'elle reposât sur un fondement non pas technique et artificiel, mais objectif et naturel. [...] Précisément, ce fondement naturel a été trouvé dans le système de la causalité totale¹²² : « chacun doit le tout parce qu'il est cause du tout »¹²³.

Remarquons toutefois que cette différence de source est finalement de peu d'importance en pratique. En outre, la nécessité d'une stipulation de la solidarité dans la loi ou le contrat a déjà reçu quelques assouplissements par l'admission de la solidarité coutumière¹²⁴, ainsi que de la solidarité résultant d'un principe général de droit. Par ailleurs, plusieurs auteurs ont souligné que la condamnation au tout en matière aquilienne résulte finalement de la pure application de l'article 1382 du Code civil, lequel oblige toute personne ayant causé un dommage à le réparer dans son entièreté, et qu'elle a donc également une source légale. Les rédacteurs du Code civil n'auraient pas jugé utile de mentionner plus spécifiquement la solidarité des coresponsables, celle-ci « allant de soi » sur la base des principes généraux applicables à la responsabilité.

Avant même la rédaction du Code civil, cette solidarité était la règle, comme l'illustre le cas particulier cité par Domat et emprunté aux Institutes : « Si plusieurs habitent le même lieu d'où quelque chose a été jetée [sic] ou répandue, chacun sera tenu solidairement de tout le dommage [...] »¹²⁵. De même, des projets de Code attribués à Cambacérès retiennent la solidarité en cas de responsabilité plurielle¹²⁶. À la suite de cette doctrine, dans le projet de Code civil, « on retrouve une variante de l'hypothèse déjà examinée par Domat en la forme d'un article 17, livre III, titre III, section II, placé en sandwich entre ce qui allait devenir les articles 1382 et 1383 du Code civil : « S'il est jeté sur un passant, de l'eau ou quelque chose qui produise un dommage, d'une maison habitée par plusieurs personnes, c'est celui seul qui habite l'appartement d'où l'on a jeté, qui est tenu du dommage. Si l'on a vu celui qui a jeté, il en est seul tenu ; si on l'ignore, tous sont solidairement responsables »¹²⁷. Lors des discussions sur cette disposition devant le Conseil d'État, le citoyen Miot déclara que « l'énonciation du principe suffit » et que « les exemples doivent être retranchés »¹²⁸. « Et c'est ce qu'il advint ; la

¹²² M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, op. cit., p. 232.

¹²³ L. MAZEAUD, cité par M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, op. cit., note 778.

¹²⁴ Des auteurs se demandent ce qui empêche une extension de cette règle coutumière : « La justification tirée de l'intérêt du crédit n'a rien de propre au commerce ; elle est artificielle, car aujourd'hui les risques liés au surendettement des particuliers justifieraient une généralisation de la solidarité passive » (J. GHESTIN et al., « Le régime des créances et des dettes », op. cit., p. 258).

¹²⁵ DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Bordelet, 1745, titre VIII, sect. I, V, p. 180, cité par J. PÉRILLEUX, « La solidarité et l'obligation *in solidum* dans la responsabilité contractuelle », op. cit., p. 201.

¹²⁶ J. PÉRILLEUX, *ibid.*, p. 202.

¹²⁷ *Ibid.*, citant FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827, t. II, p. 203.

¹²⁸ FENET, XIII, p. 455, cité par J. PÉRILLEUX, « La solidarité et l'obligation *in solidum* dans la responsabilité contractuelle », op. cit., p. 202.

disposition disparut du texte approuvé alors que la solution traditionnelle, la solidarité, ne se trouvait pas contestée dans son principe.»^{129 130}

38. Structure duale. Deuxièmement, on distingue souvent l'obligation *in solidum* de l'obligation solidaire en affirmant que la première se caractérise par l'existence d'autant de dettes distinctes que de débiteurs obligés, alors que la seconde suppose une unité d'objet, malgré la pluralité de débiteurs. Pour rappel, l'article 1200 du Code civil affirme que tous les codébiteurs solidaires sont obligés «à une même chose». À l'inverse, les codébiteurs *in solidum* «ne doivent pas la même chose, *idem*, comme s'ils étaient tenus solidairement; ils doivent *totidem*, c'est-à-dire chacun autant que les autres, chacun le tout»¹³¹.

Si l'on admet la conception dualiste de l'obligation solidaire (voy. *supra*, n° 9), force est de constater que la solidarité n'a, en fait, pas pour effet d'empêcher la division de l'obligation conjointe¹³²: il y a, suivant cette thèse, autant d'obligations que de sujets de droit en cas de solidarité, et les codébiteurs solidaires ne sont pas tenus de la même chose. Chaque codébiteur a deux obligations: celle de payer sa quote-part dans la dette, d'une part, et celle de garantir le paiement de la dette des autres, d'autre part. Cette structure duale est la même, que l'on se trouve face à une obligation solidaire ou une obligation *in solidum*. Par ailleurs, la doctrine classique reconnaît déjà la possibilité pour chaque codébiteur solidaire de bénéficier de modalités particulières en ce qui concerne son obligation propre (on pense notamment aux exceptions purement personnelles, voy. *infra*, n°s 50 et s.)¹³³. Dans ces conditions, il est difficile de parler de «dette unique» en cas de solidarité, et l'on voit mal ce qui la distingue exactement de l'obligation *in solidum*.

39. Régime. Troisièmement, l'obligation *in solidum* ne trouvant pas sa source dans la loi, elle n'est pas régie par les principes légaux gouvernant le régime de la solidarité. On en déduit donc logiquement l'inapplication des effets secondaires de la solidarité aux obligations *in solidum*. Ce rejet de l'application des effets secondaires de la solidarité à l'obligation *in solidum* résulte de la considération que, dans cette dernière catégorie d'obligations, les codébiteurs ne se représentent pas les uns les autres, contrairement au cas de la solidarité.

Comme nous le verrons (voy. *infra*, chapitre 3), ces effets secondaires de la solidarité sont généralement la source de controverses en doctrine, au sein même du régime de la solidarité. On peine en effet à les justifier au regard des fondements de la solidarité elle-même, et notamment celui de la représentation réciproque des codébiteurs, qui ne tient pas. Par ailleurs, certains effets, ajoutés par

¹²⁹ J. PÉRILLEUX, «La solidarité et l'obligation *in solidum* dans la responsabilité contractuelle», *op. cit.*, p. 202.

¹³⁰ Pour plus de détails sur le blocage de la doctrine sur l'article 1202 du Code civil et l'obligation de stipulation de la solidarité: *ibid.*, pp. 204-206, n°s 10-14.

¹³¹ J. MATTHIJS, «Solidarité et obligation *in solidum*», note sous Gand, 5 mai 1949, R.C.J.B., 1951, p. 187, citant J. VINCENT.

¹³² G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations...*, *op. cit.*, p. 704, n° 824.

¹³³ Cf. H. DE PAGE, *Traité...*, *op. cit.*, n° 41 (voy. *supra*, n° 10).

la doctrine et la jurisprudence sans base légale, sont contestés. Dans ce contexte, et dans le cadre d'une éventuelle réévaluation des effets secondaires de la solidarité, existe-t-il vraiment une raison pour ne pas étendre les effets admis pour la solidarité aux obligations *in solidum*?

40. Distinctions légales floues. Enfin, pour certains types de responsabilité aquilienne qu'il a institués par des dispositions légales spéciales, en dehors du Code civil (par exemple, la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux¹³⁴), le législateur a expressément mentionné dans le texte qu'il s'agissait d'une responsabilité solidaire et non *in solidum*.

Il est permis de s'interroger sur ce choix et ses motivations. Quelle a été la volonté du législateur en optant pour la solidarité dans ce contexte? Il est certain que cela n'a guère d'influence sur l'indemnisation des victimes, étant donné que l'ensemble des codébiteurs sont, dans les deux situations, amenés à réparer l'intégralité du dommage.

«En somme, les coauteurs d'un même dommage [...] sont tenus de la même manière que les codébiteurs contractuels tenus solidairement. Dans ces deux cas, il n'y a donc plus de distinction à faire entre l'obligation *in solidum* et l'obligation solidaire. Identiques dans leurs structures externe et interne, l'obligation *in solidum* et l'obligation solidaire doivent être réunies sous une même appellation et un même régime, l'obligation au total, *lato sensu*.»¹³⁵ La concrétisation d'un rapprochement, voire d'une fusion de ces institutions, laquelle passerait par une harmonisation de leurs effets, pourrait prendre la forme d'une disposition générale ouvrant le titre du Code civil consacré à la solidarité, formulée par exemple comme suit: «La solidarité résulte soit de la stipulation des parties ou de la loi, soit de la nature des choses.»

Chapitre 3

Le régime de la solidarité en mouvement

41. Plan. Nous avons mis en exergue les origines mixtes du régime des obligations solidaires tel que nous le connaissons, issu pour partie de la solidarité romaine et pour partie de la garantie mutuelle orientale (voy. *supra*, chapitre 1). Cette double inspiration des auteurs du Code civil a eu pour conséquence l'attribution de divers effets à la solidarité, parfois peu cohérents entre eux et dont la justification n'est pas nécessairement évidente. *De lege lata*, le présent chapitre propose de faire le point sur ces effets, tout en essayant de les réinscrire dans leur cadre originel, celui de la garantie mutuelle. Cela nous amènera, *de lege ferenda*, à suggérer quelques pistes de révision pour une éventuelle réforme du Code civil (section 4).

¹³⁴ M.B., 22 mars 1991.

¹³⁵ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, *op. cit.*, p. 277.

Le Code civil distingue les effets de la solidarité, selon qu'elle est active ou passive. Après un bref détour par la solidarité active (section 1), c'est sur les effets de la solidarité passive, énoncés par les articles 1200 à 1216, que nous concentrons la réflexion. Parmi ceux-ci, la doctrine identifie des effets principaux, qui découlent des objectifs de prévention contre l'insolvabilité et d'économie procédurale (section 2), et des effets secondaires, sorte de « compléments pratiques » destinés à renforcer la position du créancier et que la technique même de la solidarité paraît impuissante à expliquer¹³⁶ (section 3). Cette façon de procéder découle une fois de plus de la conception classique de l'obligation solidaire, avec unité d'objet et pluralité de liens obligatoires. Elle doit être nuancée dès lors que l'on se place sous l'angle de la garantie mutuelle.

Section 1

Les effets de la solidarité active

42. Dispositions du Code civil. Énoncés par les articles 1197 à 1199 du Code civil, nous ne nous attarderons pas sur les effets du régime de la solidarité active, ce type de solidarité étant peu fréquent dans la pratique. Qu'il nous soit simplement permis de les citer brièvement.

L'article 1197 consacre le principe de la solidarité active : « *L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers.* »

En vertu de l'article 1198, « *[i]l est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux. Néanmoins la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier.* »

Enfin, l'article 1199 affirme que « *[t]out acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers.* »

Ces effets étant comparables à leurs pendants en matière de solidarité passive, il peut être renvoyé à l'analyse qui en est faite ci-dessous.

Section 2

Les effets principaux de la solidarité passive

43. Introduction. Les effets principaux de la solidarité passive sont détaillés aux articles 1200 et suivants du Code civil. Classiquement, il est admis que ces

¹³⁶ C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « L'obligation solidaire », *op. cit.*, p. 130.

effets découlent des idées d'unité d'objet et/ou de pluralité de liens qui sont censées être à la base du mécanisme de la solidarité¹³⁷.

A. Les effets traditionnellement liés à l'unité d'objet

44. Trois effets liés à l'unité d'objet. Plus particulièrement, le droit d'élection du créancier (art. 1203 C. civ.), la libération de tous les codébiteurs à la suite du paiement de l'un d'entre eux (art. 1200 C. civ.) et l'opposabilité de certaines exceptions par tous les codébiteurs résulteraient du caractère unique de l'objet de la dette¹³⁸.

45. Droit d'élection. En vertu de l'article 1203 du Code civil, « *[l]e créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division.* ». Le créancier peut donc s'adresser au débiteur de son choix pour obtenir le paiement intégral de sa créance. Ce droit, justifié par le fait que chacun des codébiteurs est tenu pour le tout envers le créancier en raison de l'unité de la dette, n'est toutefois pas absolu. Il peut y être dérogé par convention des parties ou par le législateur¹³⁹, et il est soumis aux modalités affectant, le cas échéant, l'obligation d'un des codébiteurs (par exemple, un terme suspensif ou une condition suspensive, art. 1201 C. civ.). De plus, il ne peut faire l'objet d'un exercice abusif (voy. *supra*, n° 30).

En réalité, ce droit d'élection peut tout autant s'expliquer par le concept de garantie mutuelle en vertu duquel chacun des codébiteurs, tenu en partie pour sa propre part, et garantissant en outre la part des autres, doit payer l'entièreté de la dette au créancier qui la lui réclame. Cette dernière solution permet de mieux tenir compte des diverses limitations légales ou contractuelles à ce droit, puisque cette garantie peut facilement être modalisée selon la volonté des parties. Le même raisonnement s'applique à l'article 1200 du Code civil, prévoyant la libération de l'ensemble des codébiteurs dès le paiement effectué par l'un d'entre eux¹⁴⁰.

46. Opposabilité des exceptions communes. L'unité d'objet est aussi invoquée pour fonder l'opposabilité de certaines exceptions, dites communes, par tous les codébiteurs, prévue par l'article 1208, alinéa 1^{er}, du Code civil : « *Le*

¹³⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Les obligations (seconde partie)*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1936, p. 298; P. WÉRY, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 435; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, « Hoofdelijkheid », *op. cit.*, p. 123.

¹³⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations, op. cit.*, n°s 436, 437 et 438.

¹³⁹ Ex.: « *Aucun jugement à raison d'engagements de la société, portant condamnation personnelle des associés en nom collectif ou en commandite simple, ne peut être rendu avant qu'il y ait condamnation contre la société.* » (art. 203 C. soc.); « *Aucun jugement à raison d'engagements de la société, portant condamnation personnelle des associés commandités de sociétés en commandite par actions, ne peut être rendu avant qu'il y ait condamnation contre la société.* » (art. 655 C. soc.).

¹⁴⁰ Art. 1200 C. civ.: « *Il y a solidarité de la part des débiteurs lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier.* »

codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, [...], ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs. [...]»

Figurent au rang de ces exceptions: des causes d'extinction ou de suspension de la dette (paiement ou dation en paiement, perte de la chose à la suite d'un cas de force majeure, réalisation d'une condition résolutoire, remise totale de la dette sans réserve expresse des droits du créancier à l'égard des autres débiteurs ou prescription), des modalités affectant l'engagement de l'ensemble des codébiteurs (terme ou condition), des exceptions qui découlent de la nature même de l'obligation (nullité de la dette en raison de l'absence ou de l'illicéité de la cause ou de l'objet, omission d'une formalité prescrite à peine de nullité, contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs), et des exceptions communes à tous les codébiteurs (nullité de l'obligation en raison d'un vice de consentement subi par l'ensemble des codébiteurs, incapacité de tous les codébiteurs, violation d'une règle impérative de protection des codébiteurs)¹⁴¹. Cette opposabilité commune se justifie également sans peine dans le cadre de la garantie mutuelle.

47. Quid d'une exception dilatoire de garantie? Une question peut se poser quant à l'application par analogie aux obligations solidaires de l'article 1225 du Code civil, inséré dans un paragraphe traitant des effets des obligations indivisibles¹⁴²: «*L'héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, qui peut alors être condamné seul, sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers.*» Une telle disposition ne se retrouve pas dans celles consacrées aux effets de la solidarité. En conséquence, à suivre la lettre du Code, il faut exclure la possibilité d'invoquer cette exception dilatoire de garantie pour les codébiteurs solidaires.

Nous rejoignons De Page lorsqu'il affirme que celle-ci est finalement sans utilité pour le débiteur poursuivi, dans la mesure où le droit d'élection du créancier est absolu (sous réserve, toujours, de l'abus de droit)¹⁴³. De par son engagement solidaire, le débiteur s'est obligé à payer sa part et celle des autres (à titre de garant). Une application de l'article 1225 dans le cadre de la solidarité ne se justifie donc aucunement. Cette controverse peut en outre être facilement évitée en pratique, dès l'instant où le créancier veille à mettre tous les débiteurs solidaires en cause, mais ceci à l'encontre, il est vrai, du souci d'économie procédurale qui préside à la solidarité.

Notons, dans la suite de la conclusion donnée à la section 4 du chapitre 1, que cet article 1225 du Code civil trouve pleinement son sens dans le cadre de l'indivisibilité naturelle au sens strict, dans la mesure où l'obligation par nature indivisible peut effectivement être de nature à ne pouvoir être exécutée que

¹⁴¹ C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « L'obligation solidaire », *op. cit.*, pp. 131-132.

¹⁴² H. DE PAGE, *Traité...*, *op. cit.*, 1936, p. 302.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 303; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, « Hoofdelijkheid », *op. cit.*, p. 124.

par un seul des cohéritiers, lequel n'est pas nécessairement celui poursuivi par le créancier. Il est donc logique de permettre à l'héritier poursuivi d'appeler à la cause le cohéritier en mesure de procéder à l'exécution de l'obligation, par exemple la livraison d'un cheval. La différence entre les notions d'indivisibilité et de solidarité trouve ici une belle illustration. Seule la fin du paragraphe de l'article 1225, «*sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers*», nous semble de nature à entraîner la confusion, et devrait être supprimée (voy. *supra*, nos 22 et 23). Par ailleurs, une extension de cette règle à tous les codébiteurs indivisibles (pas seulement cohéritiers) serait plus juste.

B. Les effets traditionnellement liés à la pluralité de liens obligatoires

48. Deux effets liés à la pluralité de liens obligatoires. Les autres effets principaux de la solidarité se rapportent plutôt à l'idée de pluralité de liens qui caractérise l'obligation. Au rang de ces effets se trouvent le droit de poursuite (art. 1204 C. civ.) et les exceptions et caractéristiques personnelles à la dette d'un seul des codébiteurs (art. 1208 C. civ.).

49. Pluralité et interdépendance des liens obligatoires. De Page le soulignait, « l'obligation au tout et l'unité de dette ne s'opposent pas à ce qu'à certains égards, les débiteurs soient personnellement engagés de manière différente, et que ces particularités dans le lien obligatoire subsistent, nonobstant la solidarité. D'autre part, il est incontestable que, quoique obligé au tout pour une dette unique, chaque débiteur est individuellement engagé vis-à-vis du créancier »¹⁴⁴. Réévaluée dans le cadre d'une explication de la solidarité fondée sur la garantie mutuelle, la pluralité de liens caractérisant l'obligation reste de mise, mais doit être nuancée. En effet, si chacun des codébiteurs est tenu pour sa propre part envers le créancier par une obligation distincte, leurs obligations de garantie réciproques sont, quant à elles, des obligations accessoires interdépendantes, dépendant à chaque fois de l'obligation principale à laquelle elles sont liées. Une distinction trop absolue des liens obligatoires de chaque débiteur avec le créancier est donc à exclure.

Cette différence de fondement ne change rien au droit de poursuite consacré par l'article 1204 du Code civil¹⁴⁵: «*Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres*», qui est de l'essence même du principe de garantie mutuelle. Le créancier est donc protégé contre l'insolvabilité d'un des codébiteurs et peut poursuivre les autres, cumulativement ou non¹⁴⁶.

¹⁴⁴ H. DE PAGE, *ibid.*, p. 302.

¹⁴⁵ « Règle inutile s'il en est, sa reprise par les rédacteurs dans la législation positive révèle clairement leur profonde incompréhension de la matière. [...] En quoi les poursuites faites contre un codébiteur empêcheraient-elles le créancier d'en exercer d'autres contre les autres codébiteurs? Le régime de droit commun de l'obligation solidaire suffit à fonder le droit du créancier de renouveler ses poursuites. » (M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, *op. cit.*, p. 85)

¹⁴⁶ Le principe connaît toutefois des exceptions, voy. S. VAN BREE, « Les contours de l'obligation solidaire », *op. cit.*, pp. 118-119.

Elle amène par contre à nuancer les solutions habituellement retenues par la doctrine en matière d'exceptions personnelles à la dette d'un débiteur, visées par l'article 1208, alinéa 2, du Code civil, en vertu duquel le codébiteur solidaire « ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs »...

50. Exceptions simplement ou purement personnelles. Traditionnellement, la doctrine distingue, au sein des exceptions personnelles à l'un des débiteurs, celles qui lui sont purement personnelles et lui profitent exclusivement, et celles qui lui sont simplement personnelles, qui ne peuvent être invoquées que par ce débiteur mais dont l'effet s'étend à tous les codébiteurs (qui seront donc libérés à concurrence de la part du débiteur ayant fait valoir l'exception). On retrouve ici ces particularités auxquelles faisait référence De Page. Par ces exceptions, l'engagement au tout est à géométrie variable.

Parmi les exceptions simplement personnelles, on trouve notamment la remise de dette faite à l'un des débiteurs avec réserve expresse des droits du créancier, la transaction entre le créancier et un débiteur, la compensation avec la dette du créancier envers un débiteur, la confusion entre les qualités de créancier et de débiteur et la division de la dette. Les exceptions purement personnelles comprennent, quant à elles, les causes de nullité¹⁴⁷ et toutes les modalités affectant l'engagement d'un seul débiteur, ou l'octroi d'un délai de grâce.

51. Effet des exceptions purement personnelles et proposition de réforme. Sous l'angle de la garantie mutuelle, l'effet des exceptions dites « purement personnelles » devrait être revu. Dans la garantie mutuelle, chaque codébiteur intervient comme garant des parts et portions divisées de ses coobligés. Chaque exception pouvant être invoquée par un codébiteur relativement à son obligation fondamentale devrait donc se répercuter automatiquement sur l'obligation de garantie correspondant à cette obligation fondamentale. En d'autres mots, les autres codébiteurs resteraient tenus de leur part fondamentale et garantiraient toujours la part et portion des autres, sous déduction toutefois de la part atteinte par l'exception personnelle du codébiteur coobligé. L'obligation de garantie étant accessoire à l'obligation principale, elle doit en principe suivre les péripéties de celle-ci (conformément à la solution actuellement reconnue en matière de cautionnement¹⁴⁸). Si, en raison d'une erreur vice de consentement dans son chef, un codébiteur peut échapper à l'obligation, cela concerne aussi bien son engagement fondamental que tous ses engagements de garantie. En tombant, son engagement fondamental entraîne également la

¹⁴⁷ Il est à noter, à ce sujet, que la notion d'« exception purement personnelle » ne recouvre pas la même réalité en matière de solidarité qu'en matière de cautionnement, où la caution peut se prévaloir des vices de consentement qui affectent l'obligation principale en vertu de l'article 2036 du Code civil (V. NICAISE, « La caution peut se prévaloir des exceptions fondées sur le vice de consentement du débiteur : une vérité incontestée ? », note sous Cass., 10 octobre 2013, R.D.C., 2015/6, p. 559).

¹⁴⁸ V. NICAISE, *ibid.*, pp. 558-559.

chute des obligations de garantie qui correspondent à cette part et portion dans le chef des coobligés. *A contrario*, l'exception qui ne concerne que l'obligation de garantie ne profite pas au débiteur principal¹⁴⁹.

Il y a donc une double incohérence à corriger. D'une part, le fait que les exceptions purement personnelles puissent n'avoir d'effet que pour le codébiteur concerné, maintenant l'obligation au tout dans son intégralité vis-à-vis des autres codébiteurs. Toute exception invoquée par un codébiteur devrait nécessairement entraîner une diminution de l'obligation de garantie des autres à due concurrence. D'autre part, de par cet effet radical sur l'obligation de tous les codébiteurs vis-à-vis de leur créancier commun, il doit être possible pour chacun d'entre eux de soulever l'exception en question. Il faudrait donc modifier l'article 1208 du Code civil, à tout le moins dans son deuxième alinéa. Actuellement, le créancier peut tout simplement s'adresser aux codébiteurs non concernés par l'exception purement personnelle pour éviter que celle-ci ne lui soit opposée et que l'obligation soit rabotée¹⁵⁰ : cela ne devrait plus être possible, car on ne voit pas pourquoi la modification de l'engagement d'un des débiteurs serait sans incidence sur l'obligation au tout des autres¹⁵¹.

En France, le projet Terré avait suggéré une nouvelle formulation de l'article 1208 du Code civil comme suit : « *Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs et celles qui lui sont personnelles. Il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, mais il peut se prévaloir de l'extinction de la part divisée d'un codébiteur pour la faire déduire du total de la dette.* »¹⁵² ¹⁵³ L'article 1315 finalement adopté est pratiquement identique. Un pas supplémentaire aurait cependant pu être franchi, car, comme telle, la disposition ne permet pas au garant de se prévaloir d'une exception personnelle à un autre débiteur, si celle-ci n'a pas encore été soulevée par ce débiteur ou qu'elle n'a pas encore automatiquement joué.

52. Effet de la remise de dette. Si l'on suit ce raisonnement, une révision de l'article 1285 du Code civil, concernant la remise de dette faite à l'un des

¹⁴⁹ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, *op. cit.*, p. 693.

¹⁵⁰ C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « L'obligation solidaire », *op. cit.*, p. 132, spéc. note 11.

¹⁵¹ En ce sens, les articles 2012, alinéa 2, et 2036 du Code civil en matière de cautionnement mériteraient aussi d'être revus, même s'il est vrai qu'il s'agit de contrats théoriquement distincts. Art. 2012, al. 2 : « On peut néanmoins cautionner une obligation encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple, dans le cas de minorité. » Art. 2036 : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ; mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. »

¹⁵² O. DESHAYES, « De la pluralité de sujets », in Fr. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Paris, Dalloz, 2013, p. 87.

¹⁵³ Le législateur belge semble jusqu'ici prendre une orientation différente, notamment lorsqu'il dissocie le sort des sûretés personnelles (caution, solidarité-sûreté, etc.) et du débiteur garanti dans les lois sur la faillite et le règlement collectif de dettes (voy. Ch. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, « La protection des sûretés personnelles dites faibles – Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit », *op. cit.*, p. 83).

codébiteurs solidaires, s'imposerait également, au moins en ce qui concerne son alinéa 1^{er}. Actuellement, cette disposition est libellée comme suit :

« La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers.

Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise. »

Le second alinéa est plus conforme à la théorie de la garantie mutuelle. Si une remise a été faite à un débiteur pour sa part, le créancier ne peut plus poursuivre les autres pour ce qui concerne leur obligation de garantie de cette part. En revanche, cela ne devrait pas nécessiter de réserve expresse des droits du créancier, ce que la Cour de cassation retient à propos des obligations *in solidum*¹⁵⁴.

L'on peut se demander si une remise totale envers un seul débiteur pourrait encore être considérée comme libérant les autres. Si chaque débiteur n'est tenu en principal que pour sa part, toute remise faite à lui seul ne devrait en principe concerner que sa part, non son obligation de garantie, et n'influencer que l'obligation de garantie supportée par ses codébiteurs, et non leur obligation principale. L'article 1287 traduit déjà, s'agissant de la caution solidaire, cette solution cohérente : « La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions ; celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal ; celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres. » Le projet Terré allait dans le même sens en proposant une disposition prévoyant que « [l]a remise [de dette] consentie à l'un des codébiteurs solidaires libère les autres à concurrence de sa part »¹⁵⁵.

53. Effet de la remise de solidarité. La remise de dette ne doit pas être confondue avec la remise de solidarité¹⁵⁶. Cette dernière transforme la dette solidaire en dette conjointe dans le chef du débiteur à qui elle est consentie, de sorte qu'il n'est plus tenu que de sa part propre et est libéré de son obligation de garantie : « [l]e créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs conserve son action solidaire envers les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité »¹⁵⁷. Cette solution ne vise toutefois que la remise qui s'accompagne d'un paiement, par le débiteur libéré, de sa part et portion¹⁵⁸ ; à défaut, la remise de solidarité est sans effet sur les débiteurs qui y sont étrangers, qui restent tenus de leurs obligations principales et accessoires.

¹⁵⁴ Cass., 17 octobre 2014, R.G.D.C., 2015, p. 517, note A. DE BOECK ; dans le même sens, R. MARCHETTI, « La notion de remise de dette et le régime instauré par l'article 1285 du Code civil », J.T., 2014, p. 226.

¹⁵⁵ O. DESHAYES, « De la pluralité de sujets », *op. cit.*, p. 109.

¹⁵⁶ A. CATALDO et M. NOUNCKELE, « Deux questions en matière de solidarité : ses aménagements conventionnels et la portée du recours contributoire », *op. cit.*, pp. 307-309.

¹⁵⁷ Art. 1210 C. civ.

¹⁵⁸ L'étude des travaux préparatoires du Code civil démontre qu'il y a eu une scission malheureuse entre les articles 1210 et 1211, qui auraient dû former une seule disposition ; voy. Exposé des motifs par BIGOT-PRÉAMENEU, n° 95, pp. 352 et s., cité par M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, *op. cit.*, pp. 90-91 et 568.

Le nouvel article 1316 de nos voisins est plus clair : « Le créancier qui reçoit paiement de l'un des codébiteurs solidaires et lui consent une remise de solidarité conserve sa créance contre les autres, déduction faite de la part du débiteur qu'il a déchargé. »

Si elle est accordée à tous les codébiteurs, la solidarité disparaît purement et simplement. Il faut entendre par là que les obligations de garantie mutuelle tombent, ne laissant subsister que les obligations principales : chaque codébiteur est désormais tenu pour sa part propre uniquement.

Les articles 1211 et 1212 du Code civil règlent le fonctionnement de la remise de solidarité quant à ses effets sur l'imputation des montants dus au créancier¹⁵⁹. L'article 1215 précise qu'en cas d'insolvabilité d'un ou plusieurs autres codébiteurs, celui qui était initialement déchargé perd le bénéfice de la remise de solidarité pour la part de celui-ci/ceux-ci¹⁶⁰. Leurs applications demeurent toutefois plutôt rares...

54. Effets de la compensation et de la transaction. Concernant la compensation, le Code n'admet son effet libératoire que si c'est le débiteur dans le chef duquel est née la cause de compensation qui est poursuivi¹⁶¹. Les autres codébiteurs ne peuvent donc, en principe, opposer cette compensation au créancier pour leur part de garantie. Cette solution, si elle a pour but de protéger le premier débiteur de l'intrusion des autres dans ses comptes, n'est toutefois ni très logique ni très équitable¹⁶². Elle n'est d'ailleurs pas conforme à l'effet automatique de la compensation, consacré par l'article 1290 du Code civil : « La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. » Les codébiteurs de celui qui est libéré de sa part par compensation devraient pouvoir l'invoquer et

¹⁵⁹ Art. 1211 C. civ. : « Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur. Le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la portion dont il est tenu, si la quittance ne porte pas que c'est pour sa part. Il en est de même de la simple demande formée contre l'un des codébiteurs pour sa part, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation. »

Art. 1212 C. civ. : « Le créancier qui reçoit divisément et sans réserve la portion de l'un des codébiteurs dans les arrérages ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus, et non pour ceux à échoir, ni pour le capital, à moins que le paiement divisé n'ait été continué pendant dix ans consécutifs. »

¹⁶⁰ Art. 1215 C. civ. : « Dans le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des débiteurs, si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvable, la portion des insolvable sera contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux précédemment déchargés de la solidarité par le créancier. » Ce tempérament tombe toutefois en cas de remise totale de solidarité (Cass., 17 mai 1993, Pas., 1993, I, pp. 484 et s.).

¹⁶¹ H. DE PAGE, *Traité...*, *op. cit.*, 1936, p. 305 ; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, « Hoofdelijkheid », *op. cit.*, pp. 131-133.

¹⁶² Elle est même anachronique car elle est héritée de la procédure formulaire du droit romain : l'*exceptio doli* ne pouvait être invoquée que par le débiteur concerné, devenu créancier du créancier (voy. M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, *op. cit.*, p. 556).

être libérés tout aussi automatiquement de leur obligation de garantie relative à cette part. Dans le cadre du projet Terré, la règle proposée était formulée de la manière suivante : « *Le codébiteur solidaire et la caution peuvent opposer au créancier la compensation intervenue entre ce dernier et leur coobligé.* »¹⁶³

Il en est de même en cas de transaction. L'article 2051 du Code civil dispose actuellement que « *[l]a transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés, et ne peut être opposée par eux.* ». Toutefois, étant donné le caractère dérogatoire du régime spécifique de la solidarité par rapport au droit commun, on considère qu'en présence d'une obligation solidaire, la solution de l'article 1285 doit s'appliquer¹⁶⁴. Si l'une des concessions réciproques porte sur une dette certaine, la transaction comporte en effet une remise de dette¹⁶⁵.

Section 3

Les effets secondaires de la solidarité

55. Plan. Les effets secondaires de la solidarité sont de deux ordres : certains sont prévus par la loi (art. 1205 à 1207 C. civ.) (A), tandis que d'autres ont été ajoutés par la jurisprudence (B). Ces effets ne sont pas sans soulever certaines critiques. Contrairement aux effets principaux qui sont traditionnellement liés aux idées d'unité d'objet ou de pluralité de liens caractérisant l'obligation, l'ensemble des effets secondaires de la solidarité ne peuvent, d'après la doctrine classique, « se justifier par l'essence même de celle-ci »¹⁶⁶. Selon De Page, les effets secondaires légaux de la solidarité sont « assez peu cohérents » et « non nécessaires »¹⁶⁷. Il ajoute que les solutions prévues par la loi « ne sont même pas logiques entre elles »¹⁶⁸. Leur objectif est de faciliter l'action du créancier en recouvrement de sa créance¹⁶⁹.

56. La représentation réciproque comme justification. Bien qu'elle soit critiquée¹⁷⁰ et n'offre pas d'explication entièrement satisfaisante, c'est sou-

¹⁶³ O. DESHAYES, « De la pluralité de sujets », *op. cit.*, p. 106.

¹⁶⁴ H. DE PAGE, *Traité...*, *op. cit.*, 1967, n° 512; R. MARCHETTI, « La notion de remise de dette et le régime instauré par l'article 1285 du Code civil », *op. cit.*, p. 227; S. VAN BREE, « Les contours de l'obligation solidaire », *op. cit.*, p. 119; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, « Hoofdelijkheid », *op. cit.*, p. 128; Cass., 18 septembre 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 343, note : « La règle de l'article 1285, par laquelle la loi se prévaut, contre le remettant lui-même, de la remise qu'il a accordée à l'un de ses débiteurs, est édictée pour la sauvegarde des droits que le régime de la solidarité passive ménage à chacun des coobligés solidaires; [...] il ne saurait donc être loisible à des parties, fût-ce sous le couvert d'une transaction conclue entre elles, d'en modifier les effets au détriment des autres parties et sans leur consentement. »

¹⁶⁵ Cass., 18 avril 2016, R.G. n° C.15.0366.F et n° C.15.0376.F.

¹⁶⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 442.

¹⁶⁷ H. DE PAGE, *Traité...*, *op. cit.*, 1967, p. 283.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, « Hoofdelijkheid », *op. cit.*, p. 139.

¹⁷⁰ J. GHESTIN et al., « Le régime des créances et des dettes », *op. cit.*, pp. 270 et s.; M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, *op. cit.*, p. 124, n° 147 et s.

vent l'idée d'une représentation réciproque des codébiteurs, permettant à chacun d'eux d'agir au nom et pour le compte des autres, qui est avancée comme fondement des effets secondaires de la solidarité¹⁷¹. La Cour de cassation française a plusieurs fois affirmé que chaque codébiteur solidaire est « le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ses consorts »¹⁷². Cette justification est également celle avancée par la Cour de cassation belge, notamment dans un arrêt de 1936, où elle affirme que « si la solidarité conventionnelle peut produire [cet effet], c'est pour la raison que chacun des débiteurs solidaires est supposé avoir reçu préalablement des autres le mandat de prendre en leur nom comme au sien, toutes les mesures conservatoires d'un droit unique, identique et indivisible »¹⁷³. Elle s'est prononcée dans le même sens plus récemment en décidant que « la condamnation solidaire a, par rapport à la condamnation *in solidum*, des effets complémentaires qui sont fondés sur l'idée que les débiteurs se représentent l'un l'autre »¹⁷⁴.

Toutefois, toujours selon la Cour de cassation, ce concept de représentation mutuelle repose sur une présomption « qui ne saurait prévaloir contre la réalité des choses »¹⁷⁵. Elle est donc susceptible de preuve contraire, en fonction des éléments factuels du cas d'espèce. En outre, elle n'est pas absolue¹⁷⁶. Comme le souligne la Cour de cassation française, « le mandat que les codébiteurs solidaires sont censés se donner entre eux, s'il leur permet d'améliorer la condition de tous, n'a pas pour effet de nuire à la condition d'aucun d'eux »¹⁷⁷. La représentation réciproque des codébiteurs solidaires ne joue en effet qu'*ad conservandam vel perpetuandam obligationem, non ad augendam*, c'est-à-dire pour conserver et perpétuer l'obligation, non pour l'augmenter. L'autonomie de la volonté interdit une aggravation non consentie des obligations.

Selon certains auteurs, les effets secondaires de la solidarité doivent garder un champ d'application limité aux codébiteurs dont l'obligation trouve sa source dans un acte de volonté¹⁷⁸. « Le caractère volontaire et conjoint de l'engagement explique en effet de façon satisfaisante que la réalisation d'un acte à l'égard de l'un des codébiteurs produise effet à l'égard des autres. Au contraire, les effets secondaires ne se justifient pas en présence de codébiteurs qui se

¹⁷¹ H. DE PAGE, *Traité...*, *op. cit.*, 1967, p. 283; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 443; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, « Hoofdelijkheid », *op. cit.*, p. 142.

¹⁷² Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 1300, note 1; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 443; Cass. fr. (ch. civ.), 1^{er} décembre 1885, D.P., 1886, I, p. 251.

¹⁷³ Cass., 27 janvier 1936, *Pas.*, 1936, I, p. 131.

¹⁷⁴ Cass., 17 novembre 2006, T.R.V., 2007, p. 138; J.D.S.C., 2008, p. 147.

¹⁷⁵ Cass. (1^{re} ch.), 30 mars 1916, *Pas.*, 1917, p. 70.

¹⁷⁶ H. DE PAGE, *Traité...*, *op. cit.*, 1967, p. 283; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 444.

¹⁷⁷ Cass. fr., 16 décembre 1891, D.P., 1892, I, p. 177.

¹⁷⁸ Actes juridiques, adhésion à une institution marquée par la solidarité, etc. (voy. *supra*, chapitre 1, spéc. n° 14), contrairement aux situations où les codébiteurs sont fortuitement liés par des obligations *in solidum* ou une solidarité légale n'impliquant aucune manifestation de volonté.

trouvent involontairement engagés dans l'action commune, et peuvent ignorer l'existence même de leurs codébiteurs, voire celle de l'obligation elle-même.»¹⁷⁹

A. Les effets secondaires légaux

57. L'interruption de la prescription. Trois effets secondaires de la solidarité sont prévus par le Code civil. Aux termes de l'article 1206, « [l]es poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous ». Cette disposition est répétée et complétée par l'article 2249, alinéa 1^{er}, en vertu duquel « [l]'interpellation faite, conformément aux articles ci-dessus, à l'un des débiteurs solidaires, ou sa reconnaissance, interromp la prescription contre tous les autres, même contre leurs héritiers ».

Cette règle s'inscrit dans la logique de la conception classique où l'on considère que chaque codébiteur est tenu pour le tout. Si le créancier interromp la prescription de la dette unique à l'égard d'un débiteur, cela vaut pour tous, à concurrence du montant intégral de la dette. De même, le jeu de la prescription, considéré comme une exception commune à tous les codébiteurs puisqu'elle concerne la dette unique, pourrait donc être invoqué par tous, sans tenir compte des modalités particulières de la dette de chacun des codébiteurs¹⁸⁰. Ce dernier raisonnement manque toutefois de cohérence, dès lors que si l'on admet la modalisation de la dette pour certains codébiteurs (par exemple, un terme suspensif ou une condition suspensive), il faut lui conserver ses effets jusqu'au bout¹⁸¹.

Sous l'angle de la garantie mutuelle, le jeu de la prescription pourrait prendre une autre dimension. En effet, si l'on retient que chaque codébiteur est tenu pour sa propre part, d'un côté, et de l'autre côté garantit la part des autres, il faut considérer que la prescription de manière générale, et son interruption le cas échéant, ne porte que sur la part de la dette due par le codébiteur poursuivi, ou ayant reconnu la dette, et ne s'étend donc aux autres codébiteurs que pour leur obligation de garantie portant sur cette part. En d'autres termes, le prescrit de l'article 1206 du Code civil serait toujours valable, car l'interruption de la prescription vaudrait toujours à l'égard de tous les codébiteurs. Toutefois, selon la lecture qui lui serait donnée, l'assiette donnée à cette disposition pourrait être réduite, et ne plus concerner que la portion de la dette due par le débiteur visé par l'interruption de la prescription. Rien n'empêche toutefois le législateur de maintenir, par une disposition dérogatoire clairement formulée, un effet interruptif portant sur la globalité de la dette pour faciliter et renforcer la position du créancier.

58. Quid de la suspension de la prescription? Il peut être étonnant de constater que l'article 1206 du Code civil ne souffle mot du sort à réserver à la

¹⁷⁹ L. AYNÈS et A. HONTEBEYRIE, « Pour une réforme du code civil, en matière d'obligation conjointe et d'obligation solidaire », *op. cit.*, p. 333.

¹⁸⁰ M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, « Hoofdelijkheid », *op. cit.*, p. 128.

¹⁸¹ M. VANDENBOGAERDE, *Pluraliteit van schuldenaars bij verbintenissen*, *op. cit.*, pp. 502 et s.

suspension de la prescription¹⁸². Faut-il alors raisonner par analogie, et considérer que la suspension de la prescription vaut également à l'égard de l'ensemble des codébiteurs solidaires? Ou, au contraire, dans le silence de la loi, s'abstenir d'ajouter un effet qui n'a pas été voulu expressément par le législateur?

Les avis divergent à ce sujet¹⁸³. Jusqu'à présent, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée clairement. Elle avait évité de prendre position dans un arrêt de 2002: « Les poursuites engagées à l'égard d'un débiteur solidaire interrompent la prescription à l'égard de tous les autres débiteurs solidaires mais ne suspendent pas nécessairement la prescription à l'égard de tous les autres débiteurs. »¹⁸⁴ Cet arrêt était toutefois rendu dans une affaire portant sur la Convention C.M.R., et il n'est pas impossible que cela ait influencé la décision de la Cour¹⁸⁵. Plus récemment, la Cour a rendu deux autres arrêts touchant à cette question de la suspension de la prescription dans le cadre de dettes solidaires, l'un en matière de faillite¹⁸⁶, l'autre en matière fiscale¹⁸⁷. Alors que l'arrêt du 19 janvier 2009 semble clair en affirmant que « [...] la déclaration de créance faite par un créancier au passif de la faillite d'un débiteur solidaire interromp la prescription à l'égard de tous les débiteurs solidaires, mais suspend seulement la prescription à l'égard du débiteur solidaire déclaré en état de faillite [...] », l'arrêt du 15 décembre 2011 fait l'objet d'une motivation plus opaque qui paraît aller en sens contraire.

Dans l'optique de la garantie mutuelle, il faut, comme en matière d'interruption de la prescription, considérer que la suspension ne vaut en principe que pour la part de la dette due par le débiteur concerné par la cause de suspension, et s'étend, de manière accessoire, à l'obligation de garantie supportée par les autres codébiteurs, mais pas à leur obligation principale propre. Cela simplifie donc le débat puisque dans ce cas, le fait qu'un des codébiteurs voit le délai de prescription prolongé à son égard en raison d'une cause de suspension n'ag-

¹⁸² Ce que fait désormais le Code civil français, mais curieusement à l'article 1312 propre à la solidarité active.

¹⁸³ M. VANDENBOGAERDE, *Pluraliteit van schuldenaars bij verbintenissen*, *op. cit.*, p. 426.

¹⁸⁴ Cass., 30 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1252; Arr. Cass., 2002, p. 1394; R.D.C., 2002, p. 823; R.W., 2002-2003, p. 621, somm. et concl. G. DUBRULLE; J.P.A., 2004, p. 128 (nous soulignons).

¹⁸⁵ Art. 32.2 de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (C.M.R.) du 19 mai 1956: « Une réclamation écrite suspend la prescription jusqu'au jour où le transporteur repousse la réclamation par écrit et restitue les pièces qui y étaient jointes. En cas d'acceptation partielle de la réclamation, la prescription ne reprend son cours que pour la partie de la réclamation qui reste litigieuse. »

La preuve de la réception de la réclamation ou de la réponse et de la restitution des pièces est à la charge de la partie qui invoque ce fait. Les réclamations ultérieures ayant le même objet ne suspendent pas la prescription. »

Art. 32.3 de la Convention C.M.R.: « Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 ci-dessus, la suspension de la prescription est régie par la loi de la juridiction saisie. Il en est de même en ce qui concerne l'interruption de la prescription. »

¹⁸⁶ Cass., 19 janvier 2009, R.G. n° S.08.0098.N. Voy. aussi, dans le même sens, en matière de cautionnement solidaire, Gand, 12 octobre 2015, R.G.D.C., 2016/2, p. 121.

¹⁸⁷ Cass., 15 décembre 2011, R.G. n° F.10.0083.N.

grave pas la situation des autres quant à leur dette propre. Aucune disposition particulière du Code à ce sujet n'est donc nécessaire, si l'on considère les choses de cette façon. Les particularités pouvant affecter la dette de chacun sont également respectées.

59. L'effet de la mise en demeure. Le second effet secondaire de la solidarité est énoncé à l'article 1207 du Code civil: «*La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous.*» «À notre avis, l'article 1207 du Code civil est l'application d'une règle plus générale: la mise en demeure adressée à un des coobligés fait office de préalable à la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution (exécution en nature, dommages et intérêts, clause pénale, clause résolutoire expresse, etc.) à l'encontre de ses consorts.»¹⁸⁸ La mise en demeure et les effets qu'elle produit valent non seulement à l'égard du codébiteur à qui elle est adressée, mais également à l'égard de tous les autres codébiteurs.

Il a été souligné que cet effet est peu compatible avec le principe selon lequel la représentation réciproque des codébiteurs ne peut pas empirer leur position vis-à-vis du créancier¹⁸⁹. La garantie mutuelle permet-elle de mieux le comprendre? Ici encore, la réflexion sera la même qu'en ce qui concerne la prescription. Si l'on considère que chaque codébiteur est tenu pour sa propre part, et en plus comme garant de la part des autres, la mise en demeure adressée à un débiteur peut porter sur sa part propre et les parts qu'il garantit. Par contre, cette analyse diminue l'assiette de cette disposition en ce que la mise en demeure adressée à un des codébiteurs solidaires n'aurait pas d'effets en ce qui concerne les parts auxquelles les autres codébiteurs sont tenus en propre. Pour faire courir les intérêts sur l'ensemble de la somme qui lui est due, le créancier devrait alors veiller à mettre en demeure chacun des codébiteurs individuellement. Parallèlement à ce qui a été dit pour l'article 1206, un article 1207, précisé quant à son assiette et dérogoire aux principes généraux de la solidarité telle que revue sous l'angle de la garantie mutuelle, peut être conservé.

60. La perte de la chose due (rappel). Le dernier effet secondaire expressément prévu par le législateur se trouve formulé à l'article 1205 du Code civil et concerne les conséquences d'une perte de la chose due par les codébiteurs. Pour rappel:

«*Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts.*

Le créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure.»

¹⁸⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., n° 448.

¹⁸⁹ Ibid.

Cette disposition illustre bien l'incapacité de la théorie de la représentation réciproque à justifier les effets secondaires de la solidarité. La représentation porte en principe sur des actes juridiques et non sur des fautes: elle ne peut donc expliquer que des débiteurs non fautifs mais en demeure soient tenus de dommages et intérêts. Il eut mieux valu se contenter de l'adage *res perit debitori*, sauf à trouver un autre fondement à l'article 1205. À nouveau, la règle s'explique mieux sous l'angle de la garantie mutuelle. Seuls les codébiteurs mis en demeure ou en faute sont tenus des dommages et intérêts en plus du paiement du prix de la chose. Si la faute ne concerne qu'un débiteur, ou si l'un seul est en demeure, celui-là seul devra des dommages et intérêts. Dans ce dernier cas, tous doivent en revanche payer le prix de la chose au créancier. Cela s'explique aisément de par la qualité de garant acquise par chacun des autres codébiteurs, garantie qui porte sur la chose due par l'un de débiteurs, mais ne s'étend pas aux conséquences de sa faute.

En ce sens, nous souhaitons prendre de la distance avec les considérations de De Page lorsqu'il affirme: «La faute de l'un des codébiteurs solidaires rejaillit sur tous les autres, qui sont tenus de faire raison au créancier de la valeur perdue. La faute de l'un est considérée comme la faute des autres.»¹⁹⁰ La faute d'un codébiteur n'est certainement pas assimilée à une faute de tous, puisque tous ne sont pas tenus des dommages et intérêts, à moins d'être également fautifs. Les codébiteurs ne sont pas assimilés les uns aux autres envers le créancier, ils sont garants l'un de l'autre, ce qui est sensiblement différent. De même, nous n'adhérons pas à la considération selon laquelle «[l]a faute de l'un des codébiteurs solidaires est imputable à tous; par conséquent, tous devront répondre solidairement de cette faute vis-à-vis du créancier»¹⁹¹. Il faut éviter d'étendre la portée d'un texte à ce qu'il ne dit pas, sauf à revoir ce texte (voy. *supra*, n° 27).

B. Les effets secondaires jurisprudentiels

61. Fondement. Outre les effets du régime de la solidarité prévus par le Code civil, certains auteurs et certaines décisions de jurisprudence (surtout en France) admettent l'existence d'effets secondaires supplémentaires de la solidarité, découlant toujours de la supposée représentation mutuelle des codébiteurs solidaires¹⁹². La même limite à cette représentation est posée: ces effets peuvent uniquement profiter aux codébiteurs, jamais leur nuire¹⁹³. La théorie classique relative à l'unité d'objet, bien qu'elle soit imprécise, paraît déjà être un justificatif plus convaincant: parce qu'ils doivent une même chose, il y a une certaine cohérence à ce que la situation juridique de chaque débiteur soit réglée de façon identique et uniforme¹⁹⁴.

¹⁹⁰ H. DE PAGE, *Traité...*, op. cit., 1936, p. 307, n° 356.

¹⁹¹ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1843.

¹⁹² H. DE PAGE, *Traité...*, op. cit., 1936, p. 309; P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., n° 451 et s.

¹⁹³ H. DE PAGE, *Traité...*, op. cit., 1936, p. 309; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, «*Hoofdelijkheid*», op. cit., p. 143; Civ. Nivelles, 23 avril 1999, J.L.M.B., 1999, p. 1742.

¹⁹⁴ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, op. cit., pp. 149 à 185, spéc. p. 174.

62. Extension de l'opposabilité de certains actes. Ces effets secondaires sont, de manière générale, relatifs à l'opposabilité à tous les codébiteurs de jugements ou d'actes de procédure prononcés ou effectués à l'égard d'un seul d'entre eux. Plus précisément, un jugement prononcé contre un seul des codébiteurs solidaires est considéré comme étant opposable aux autres, en ce qui concerne les moyens de défense communs invoqués. De même, le rejet de la demande du créancier a autorité de chose jugée envers tous les codébiteurs, même non présents ou représentés au litige. La détermination de la dette commune à l'égard d'un codébiteur s'impose pareillement aux autres¹⁹⁵. Dans le même esprit, il est considéré que l'appel interjeté par un seul des codébiteurs, en tant qu'il vise des moyens de défense communs, profite également aux autres ou les relève de l'irrecevabilité de leur recours tardif, le cas échéant. Enfin, certaines notifications adressées à un codébiteur (un congé par exemple) sortissent leurs effets à l'égard de tous¹⁹⁶.

63. Critique. Loin de faire l'unanimité, cette théorie jurisprudentielle est critiquée par la doctrine belge, qui est plutôt réticente à l'appliquer, voire la rejette totalement¹⁹⁷. Pour la Cour de cassation, plutôt méfiante, « cette présomption de représentation purement doctrinale et dont aucune disposition légale ne régit l'application, ne saurait, fût-elle admise, prévaloir contre la réalité des choses »¹⁹⁸. Un jugement du Tribunal civil de Nivelles illustre également cette réserve, en faisant référence aux droits de la défense et à un procès équitable: « Attendu que, selon l'article 1201 du Code civil, la solidarité n'exclut pas que "l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au paiement de la même chose"; Attendu qu'à cet égard, les dispositions particulières obtenues par des poursuites contre l'un des débiteurs solidaires lui sont propres, sauf exception établie; Attendu qu'en l'absence de convention contraire, l'opposabilité à l'égard de codébiteurs solidaires de la chose jugée à l'égard de l'un d'eux doit tenir compte des règles générales auxquelles les dispositions du Code civil sur la solidarité ne dérogent pas; Attendu qu'à cet égard, tant le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense que l'article 6, paragraphe premier, de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit à un procès équitable, excluent d'empêcher un débiteur solidaire de contester les éléments déduits d'un procès dirigé contre un autre débiteur solidaire auquel il n'a pas été partie; [...] Attendu que, dans les conditions qui précèdent, l'affirmation selon laquelle un jugement rendu contre un codébiteur solidaire serait opposable aux autres, parfois basée sur une prétendue

¹⁹⁵ Le seul pas que la jurisprudence française ne franchit pas, c'est de rendre la décision exécutoire à l'égard des débiteurs qui n'étaient pas à la cause.

¹⁹⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., n° 451; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, « Hoofdelijkheid », op. cit., p. 143.

¹⁹⁷ H. DE PAGE, *Traité...*, op. cit., 1967, n° 359bis; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, op. cit., n° 1253; P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., n° 452; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *ibid.*, p. 144.

¹⁹⁸ Cass., 30 mars 1916, *Pas.*, 1917, I, p. 70.

représentation ou sur un mandat tacite, manque de fondement et il faut considérer, au contraire, que la solidarité de débiteurs ne permet pas, en l'absence de base légale ou conventionnelle, d'étendre à tous les codébiteurs solidaires l'autorité d'un jugement rendu à l'égard d'un seul d'entre eux; [...]»¹⁹⁹

Si l'on adopte encore une fois l'angle d'approche de la garantie mutuelle, il est logique de donner un effet commun au jugement ou à l'acte de procédure qui concerne la part propre d'un débiteur, mais uniquement en ce qui concerne l'obligation de garantie de cette part supportée par les autres codébiteurs. À nouveau, l'assiette est restreinte et ne porte plus sur l'entière de la dette, mais seulement sur la part du débiteur concerné par la procédure, et donc, de manière accessoire, sur les obligations de garantie des autres codébiteurs. Cette explication rendrait le jeu de ces effets secondaires jurisprudentiels plus acceptable, dans la mesure où l'action d'un codébiteur n'aurait plus le pouvoir d'influencer la dette propre des autres.

Une consécration de l'autorité de chose jugée au rang des effets secondaires pourrait ainsi être envisagée, ce qui rejoindrait l'objectif d'économie procédurale qui préside pour partie au régime de la solidarité. Il serait même permis d'aller plus loin que la doctrine et la jurisprudence françaises, en étendant le caractère exécutoire de la décision rendue contre les codébiteurs poursuivis à l'égard des codébiteurs non poursuivis, dans la limite toujours de la part divisée concernée²⁰⁰. Le domaine contractuel, dans lequel les parties sont connues les unes des autres et peuvent donc être plus facilement informées d'éventuelles démarches procédurales, rend envisageable cette modification de notre droit.

Section 4

Vers une réforme du droit de la solidarité ? Quelques pistes

64. Une simplification des dispositions relatives à la solidarité. La synthèse de ce chapitre 3 consacré aux effets de la solidarité nous permet d'envisager une réforme du Code civil, dans le sens d'une meilleure cohérence et d'une simplification. Si le droit positif actuel parvient à justifier la plupart des effets principaux de la solidarité, en se basant tantôt sur l'unité d'objet, tantôt sur la pluralité des liens obligatoires, censées toutes deux caractériser l'obligation, l'explication donnée aux effets secondaires de la solidarité reste peu convaincante. Le concept de représentation réciproque des codébiteurs est contesté et trouve vite ses limites.

À ces différentes justifications combinées par la doctrine pour tenter d'offrir un socle au régime des obligations solidaires, il pourrait être proposé, à la suite de Marc Mignot et du courant dualiste, de substituer celle, unique, de la garantie

¹⁹⁹ Civ. Nivelles, 23 avril 1999, *J.L.M.B.*, 1999, II, p. 1742.

²⁰⁰ « À quoi bon soumettre à un nouveau juge une contestation définitivement tranchée ? » (M. MIGNOT, *Les obligations solidaires...*, op. cit., p. 628).

mutuelle. On l'a vu, les effets principaux de la solidarité s'accommodent sans peine de cette conception, qui ne provoquerait de changement qu'en matière d'opposabilité des exceptions personnelles. Cette modification est en réalité souhaitable afin d'éviter certaines inégalités auxquelles le système actuel peut mener.

Concernant les effets secondaires de la solidarité, ceux-ci trouveraient, grâce à ce nouveau fondement, une place plus naturelle et cohérente dans le régime juridique de ce type d'obligation, si bien qu'il pourrait être superflu de leur consacrer des dispositions particulières, dans la mesure où leur effet découlerait logiquement du jeu de la garantie mutuelle. À l'inverse, des articles spécifiques du Code trouveront pleinement leur utilité lorsqu'une dérogation particulière au régime général est souhaitée pour faciliter la position du créancier.

65. Projet Terré. Il est intéressant de noter que le projet Terré, en France, simplifiait et limitait considérablement les dispositions spécifiques à la solidarité dans le Code civil. Certaines dispositions (notamment, celles relatives à la mise en demeure) étaient supprimées, là où elles n'avaient pas d'utilité particulière ou n'ajoutaient rien au régime général; d'autres (par exemple, celles concernant la remise de dette ou la prescription) étaient intégrées dans les sections du Code civil relatives à ces institutions²⁰¹. Si ce projet n'a finalement pas été retenu par le législateur français, qui n'a peut-être pas osé trop bouleverser le mécanisme de la solidarité, certaines de ses propositions peuvent servir de point de départ pour une réflexion sur une véritable réforme plus aboutie du droit des obligations à pluralité de sujets en droit belge, et plus particulièrement des obligations contractuelles solidaires et indivisibles.

Conclusion

66. Une conception dualiste de la solidarité plus adaptée. Le premier chapitre de cette contribution nous a permis de reposer le cadre dans lequel s'inscrit le concept de solidarité conventionnelle, au sein du Code civil en général, et des obligations à pluralité de sujets en particulier.

Trop souvent, les incohérences du régime juridique de la solidarité, basé sur une conception classique affirmant l'existence d'une pluralité de liens obligatoires et d'une dette unique, sont admises sans plus de remise en question (voy. *supra*, n° 8). Grâce à un retour à l'Antiquité, la véritable nature de la solidarité apparaît plus clairement: issue de la garantie mutuelle orientale, la solidarité doit en réalité se concevoir d'une façon dualiste (n° 9). À la division de la dette se superposent des obligations de garantie mutuelle des codébiteurs les uns envers les autres, de sorte que chacun est tenu à la fois de sa propre part, et, à titre de garant, de la part des autres. Il y a donc pluralité de débiteurs et pluralité de dettes. Les difficultés résultant de l'approche traditionnelle sont la

²⁰¹ O. DESHAYES, « De la pluralité de sujets », *op. cit.*, p. 86.

conséquence de la confusion de cette institution avec l'obligation collective romaine, opérée dans le Code civil (n° 10). Sous l'angle de la garantie mutuelle, les explications artificielles fondées sur une idée de représentation réciproque des codébiteurs n'ont plus lieu d'être (n° 11): la compréhension du régime général de la solidarité et la justification du recours contributoire s'en trouvent simplifiées. Une révision des dispositions en matière de solidarité commencerait donc dès l'article 1200 du Code civil.

Au-delà de la garantie mutuelle entre codébiteurs contractuels poursuivant le même intérêt et de la solidarité coutumière en matière commerciale (n° 14), la stipulation de la solidarité peut également poursuivre un objectif de garantie simple: le codébiteur non intéressé garantit uniquement les parts des codébiteurs intéressés, mais ne supporte aucune part propre dans la dette. C'est le cas en matière de solidarité-sûreté (n° 15) et de cession de contrat (n° 18). La proximité entre ces figures et le cautionnement nous amène à suggérer une première simplification du Code civil dans le sens d'une suppression de l'article 1216, dont la redondance est finalement peu utile (n° 17). Dans la foulée, une clarification du Code concernant le concept de l'indivisibilité nous paraît essentielle. Si l'indivisibilité naturelle, ou absolue, caractérisée par l'*idem debitum*, doit se démarquer plus nettement de la solidarité par l'absence de recours contributoire octroyé aux codébiteurs (n° 20), l'indivisibilité conventionnelle, au contraire, n'est finalement qu'une application de la solidarité et ne mérite plus d'en être distinguée (nos 21-22). Le souhait de maintenir une possibilité de transmission des obligations au tout aux héritiers pourrait être facilement exaucé par l'introduction d'une disposition prévoyant la transmission de la solidarité à ces derniers, rien n'y faisant obstacle (n° 23).

67. Responsabilités solidaire et *in solidum*, quelles distinctions? Un deuxième chapitre aborde les différentes questions liées à la responsabilité des codébiteurs en cas d'inexécution de leurs obligations contractuelles. Une distinction s'opère selon que cette responsabilité peut être qualifiée de solidaire ou d'*in solidum*.

Lorsque la solidarité est stipulée, c'est l'article 1205 du Code civil qui règle actuellement les conséquences de la perte de la chose due. Tous les codébiteurs sont tenus de la valeur de la chose perdue, et l'effet de la mise en demeure adressée à l'un est étendu à l'égard de tous (n° 26). À l'image du droit français, il pourrait être envisagé d'étendre l'effet de cette disposition à toutes les conséquences de l'inexécution du contrat, en ce compris les dommages et intérêts complémentaires (n° 27). En l'absence de clause de solidarité, une condamnation *in solidum* des codébiteurs fautifs est possible en matière contractuelle, à certaines conditions. Les fautes concurrentes de débiteurs liés par des contrats distincts au créancier, venant à causer à ce dernier un dommage unique, engendrent la condamnation *in solidum* de ceux-ci (n° 33). En revanche, lorsque les codébiteurs sont liés par le même contrat au créancier, l'autonomie de leur volonté doit être respectée et leur responsabilité reste en principe conjointe

à défaut de stipulation contraire. Une exception à ce principe a lieu en cas d'obligations indivisibles (n° 34).

Sous l'angle de la conception dualiste que nous avons choisi d'adopter, un évident rapprochement entre la solidarité et l'*in solidum* doit être mis en évidence (n° 36). Ainsi, les sources prétendument techniques de la solidarité ne se distinguent pas tant de celles de la responsabilité *in solidum* (n° 37), tout comme les structures de ces deux institutions se révèlent finalement être similaires, avec une pluralité de débiteurs et une pluralité de dettes (n° 38). Si des effets secondaires s'appliquent uniquement à la solidarité, ceux-ci sont controversés et il pourrait être envisagé soit de les supprimer, soit de les étendre aux obligations *in solidum* (n° 39). À cela s'ajoute le flou entretenu par le législateur lorsqu'il opte pour l'une ou l'autre responsabilité dans des lois particulières (n° 40). Dès lors, toujours dans l'optique d'une réforme simplificatrice du Code civil, l'obligation solidaire et l'obligation *in solidum* pourraient être réunies sous un même régime, à travers une disposition générale formulée comme suit : « La solidarité résulte soit de la stipulation des parties ou de la loi, soit de la nature des choses. »

68. Des effets de la solidarité à revoir. Enfin, le troisième et dernier chapitre s'attarde plus longuement sur l'étude des différents effets, principaux et secondaires, attachés au régime de la solidarité. Un à un, ceux-ci sont analysés dans leur fonctionnement actuel, avant d'être réévalués au regard de l'approche fondée sur la garantie mutuelle. De *lege ferenda*, cela nous a permis de mettre en évidence les dispositions méritant une adaptation.

Parmi les effets principaux de la solidarité, le droit d'élection du créancier (n° 45), le principe de la libération de tous les codébiteurs à la suite du paiement effectué par l'un d'entre eux, ainsi que l'opposabilité des exceptions communes (n° 46), traditionnellement justifiés par l'unité d'objet caractérisant l'obligation, s'inscrivent plus naturellement dans le cadre de la garantie mutuelle des codébiteurs. De l'essence même de cette dernière, ils pourraient d'ailleurs être implicites, tout comme le droit de poursuite, d'habitude lié à la pluralité de liens entre les codébiteurs, qui va de soi et ne nécessite donc pas de disposition particulière. Seule la distinction entre les exceptions personnelles et purement personnelles, visée à l'article 1208, alinéa 2, du Code civil, paraît peu conforme à la logique du système. Il nous semble qu'une révision de cet article, autorisant les codébiteurs à se prévaloir dans tous les cas des effets de telles exceptions, voire à les soulever devant le juge, serait opportune (n° 51). La cohérence impliquerait alors de clarifier dans le même sens les effets de la remise de dette (n° 52), de la remise de solidarité (n° 53), de la compensation et de la transaction (n° 54), dont les termes actuels sont incompatibles avec cette nouvelle approche.

Les effets secondaires de la solidarité, quant à eux, trouvent enfin dans la garantie mutuelle une explication satisfaisante. La théorie de la représentation réciproque des codébiteurs n'a, en effet, jamais réussi à faire véritablement illusion

(n° 56). Ainsi, le jeu de la garantie mutuelle des codébiteurs impliquerait nécessairement les conséquences données par le Code à l'interruption de la prescription (n° 57), à la mise en demeure (n° 59) et à la perte de la chose due (n° 60), au moins en ce qui concerne la portion de la dette visée par ces actes. Dès lors, seule l'extension de l'assiette de ces effets aux parts propres des autres débiteurs requerrait une intervention du législateur, qui pourrait profiter de l'occasion pour prévoir un impact particulier de la suspension de la prescription (n° 58). Il serait également utile de préciser dans la loi l'étendue des effets secondaires jurisprudentiels de la solidarité, dans la mesure où une dérogation aux règles générales serait souhaitée (nos 61-63).

69. Jusqu'à une véritable refonte du Code civil? En conclusion, notre réflexion sur le régime général de la solidarité passive conventionnelle, inspirée des travaux menés en France et adoptant une conception fondée sur la garantie mutuelle entre les codébiteurs, nous amène à proposer une refonte de certaines règles du Code civil portant sur les obligations à pluralité de sujets. En démêlant des concepts imbriqués entre eux sans toujours beaucoup de cohérence, cette réforme aboutirait à une grande simplification des règles de la matière. Ainsi, clairement distinguées du cautionnement et de l'indivisibilité, lesquels resteraient régis par leurs dispositions propres et distinctes, les obligations solidaires fusionneraient avec les obligations *in solidum* en un régime unique et cohérent.

Allant encore un pas plus loin, il est permis de se demander si cette nouvelle solidarité ne pourrait pas devenir le droit commun des obligations à sujets multiples. Comme il a déjà été souligné, le principe de la division des dettes plurielles s'est aujourd'hui transformé en exception, les parties à un contrat préférant la plupart du temps y substituer un régime de solidarité. Pourquoi dès lors ne pas affirmer le principe que les codébiteurs d'une même obligation sont tenus solidairement, sauf disposition légale ou conventionnelle contraire? Plusieurs auteurs ont déjà argumenté en ce sens : « L'absence de fondement logique, la faible efficacité, l'étroitesse et la réduction *contra legem* du principe de division de l'obligation conjointe plaident en faveur de la suppression de celui-ci. L'obligation plurielle, active ou passive, devrait être par principe une obligation au tout, sauf convention ou disposition légale contraire. De récentes études se sont prononcées en faveur de cette solution, que retiennent les Principes européens du droit des contrats. »²⁰² De même, lorsqu'il s'agit de se pencher sur la solidarité coutumière commerciale, d'aucuns font le constat que « la justification tirée de l'intérêt du crédit n'a rien de propre au commerce ; elle est artificielle, car aujourd'hui les risques liés au surendettement des particuliers justifieraient une généralisation de la solidarité passive »²⁰³.

²⁰² L. AYNÈS et A. HONTEBEYRIE, « Pour une réforme du code civil, en matière d'obligation conjointe et d'obligation solidaire », *op. cit.*, p. 332.

²⁰³ J. GHESTIN et al., « Le régime des créances et des dettes », *op. cit.*, p. 258.

Après avoir repensé le régime global de la solidarité par la figure de la garantie mutuelle, on pourrait donc inverser le principe de base des obligations à pluralité de sujets en redonnant son sens littéral à ce qu'on appelle l'obligation *conjointe*. Cette révolution copernicienne ne le serait qu'à moitié, notre droit des contrats semblant mûr pour franchir le pas. Alors, certes, «la solution pourra paraître dangereuse [...]. Mais la solidarité *est* dangereuse ; on ne doit s'y engager qu'avec prudence, et dans une relation de confiance »²⁰⁴.

²⁰⁴ L. AYNÈS et A. HONTEBEYRIE, « Pour une réforme du code civil, en matière d'obligation conjointe et d'obligation solidaire », *op. cit.*, p. 334.